



Fábio Cardoso Machado

A AUTONOMIA DO DIREITO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO

Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Filosóficas
- Modalidade de Doutoramento com curso, orientada pelo Professor Doutor
Fernando José Couto Pinto Bronze, apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Novembro / 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Fábio Cardoso Machado

A AUTONOMIA DO DIREITO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO

Tese de Doutoramento em Direito, ramo das Ciências Jurídico-Filosóficas – Modalidade de Doutoramento com curso, orientada pelo Professor Doutor Fernando José Couto Pinto Bronze, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Faculdade de Direito

Novembro / 2017

Ao meu Pai

Com o apoio do Programa Alβan, Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para a América Latina, bolsa nº E05D050006BR

“In the western tradition it was believed that the acting out of justice in human relationships was the essential way in which human beings are opened to eternity. Inward and outward justice were considered to be mutually interdependent, in the sense that the inward openness to eternity depended on just practice, and just practice depended on that inward openness to eternity” (George Grant)

RESUMO

Esta investigação enfrenta o problema dos limites a impor-se à jurisdição para a estabilização histórica de uma autêntica ordem política *de direito*. Parte de uma compreensão jurisprudencialista da juridicidade e dela toma a ideia nuclear de que o direito é uma constituenda ordem de validade autônoma densificada por exigências normativas emergentes de uma prática prudencial judicativa referida a uma intencionalidade axiológico-normativa. Mas sugere que a política tem também a sua axiológico-normativa intencionalidade autônoma, e explora os caminhos para uma adequada articulação entre as específicas intencionalidades do político e do jurídico. Sustenta que os pressupostos da filosofia política moderna precluem uma adequada compreensão das normativas condições constitutivas de uma autêntica ordem política e são incompatíveis com uma juridicidade autônoma. Num esforço de reconstrução do sentido da juridicidade voltado a uma maior delimitação da intencionalidade do direito, restaura o paradigma sapiencial do *ius* romano, e conclui que o direito é uma ordem espontânea de validade material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto. Vai então buscar no pensamento político-filosófico clássico as bases para uma recuperação do sentido da política, e aí encontra os elementos que permitirão avançar a ideia mais geral de que uma ordem autenticamente política é uma ordem aberta para as exigências do bem comum e da justiça, assim como a ideia mais específica de que uma ordem política *de direito* é uma ordem permeada pelas exigências prático-normativas que uma *praxis* judicativa vai densificando em resposta ao problema especificamente jurídico do justo concreto. A legislação será a via de abertura às exigências do bem comum político, e a jurisdição a via de abertura às exigências do justo concreto. A jurisdição terá, então, de limitar-se a esta que é a específica intenção do direito, deixando às instâncias políticas o axiológico-normativo problema do bem comum e assimilando certas exigências jurídico-metodológicas mais diretamente determinadas por aquela circunscrição intencional e pelas condições para uma estabilização histórica de uma ordem permeada por uma juridicidade autônoma.

ABSTRACT

This investigation faces the problem of the limits to be imposed to judicial power for the historical stabilization of a political order which is also authentically *juridical*. It departs from the comprehension of the law brought forth by *jurisprudentialism* and takes from it the central idea that the law is an autonomous and in permanent formation order of validity densified by normative requirements emerging from a prudential adjudicative practice referred to an axiological-normative intentionality. But it suggests that politics has also its autonomous axiological-normative intentionality, and explores the routes to an appropriate articulation between the different intentionalities of politics and of the law. It defends that the presuppositions of modern political philosophy thwart an appropriate comprehension of the normative conditions for the constitution of an authentically political order and are incompatible with a law that claims to be autonomous. In an effort of reconstruction of the meaning of the law aiming at a better delimitation of its intentionality, it restores the sapiential paradigm of the roman *ius*, and concludes that the law is a spontaneous order of substantial validity framed by practical reason oriented to what is concretely just. Then, it brings from the classic political-philosophical thought the foundations for a recovery of the meaning of politics, and the elements to bring forth the more general idea that an authentically political order is an order opened to the requirements of the common good and justice, as well as the more specific idea that a *juridical* political order is an order pervaded by the practical-normative requirements that an adjudicative *praxis* continually densifies while answering to the peculiar juridical problem of what is concretely just. Legislation will then be the way for the opening of the order to the requirements of the common good, and adjudication the way for the opening of the order to the requirements of what is concretely just. Adjudication shall therefore be circumscribed to this specific intention of the law, leaving to the political branches the axiological-normative problem of the common good, and complying with certain legal-methodological requirements more directly imposed by that intentional circumscription and by the conditions for the historical stabilization of an order pervaded by an autonomous law.

AGRADECIMENTOS

A três pessoas, e, portanto, a três encontros pessoais, devo todo este trabalho, pois o que vejo nele é uma tentativa de prosseguir por um caminho a que foram me conduzindo os meus Professores Ovídio A. Baptista da Silva, Luis Fernando Barzotto e António Castanheira Neves. De um encontro com o Professor Ovídio que começou por ser mediado pelos livros, se aprofundou em sala de aula e, para minha realização, acabou em amizade, resultou uma atração irresistível pela problemática da jurisdição e pelos problemas fundamentais da juridicidade. Do meu encontro com o Professor Barzotto, naquela angustiante fase do mestrado em que começamos a realizar que de fato não sabemos nada, veio a descoberta dos clássicos e de um universo de ideias em que comecei por me reconhecer. E, finalmente, de meu encontro com o Professor Castanheira Neves – que evoluiu de um espanto com a sua obra a um estimulante discipulado de gabinete que, acredito poder dizer, deu lugar a uma amizade pela qual nunca cansarei de agradecer –, veio o estímulo para assumir o desafio de contribuir para uma compreensão da juridicidade que aos meus olhos é a mais bem acabada e perante a qual só me permito dizer algo se for para, na condição de aluno, tentar honrar meus professores e, em sinal de gratidão, seguir no caminho que abriram para mim.

Mas nada do que eventualmente aprendi e nenhuma das ideias que me proponho a apresentar poderia ser aqui em Coimbra debatida e submetida à crítica se não tivesse primeiramente me aceito, e depois pacientemente suportado, por tantos anos, o meu Professor Orientador, o Senhor Doutor Fernando José Couto Pinto Bronze. Nunca esquecerei do cuidado com que me acolheu, e nunca serei suficientemente grato pela confiança que teve em mim e por tudo que, com seu exemplo e com sua cordial franqueza, me ensinou acerca do que é a Academia e do que significa, verdadeiramente, ser um Professor.

Uma especial menção devo também fazer ao Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, por ter sempre me recebido como a um amigo, por me ter admitido

em suas aulas e nos seminários que coordenou durante minha estadia em Coimbra, pelos diversos e valiosíssimos materiais de estudo que gentilmente me disponibilizou, e por ter sempre me feito sentir em casa em nossa Faculdade.

Por fim, há também por trás de um doutoramento tudo aquilo que pressupõe uma vida dedicada à investigação. O apoio e o estímulo dos nossos pais, a paciência e o desprendimento dos nossos amores, o entusiasmo autêntico dos nossos amigos e o indispensável suporte dos nossos colegas. Pelo que não posso deixar de agradecer, em primeiro lugar, ao meu Pai, pois embora não consiga compreender muito bem por que, tenho a impressão de que foi para ele que escrevi esta tese.

À minha Maria Clara tenho que deixar dito, para quando isto tudo puder compreender, que o momento mais difícil de todo esse longo percurso foi o dia em que chorou a minha falta, e que se foi por faltar como pai que quase desisti, foi também por amor a ela que persisti.

À Fernanda agradecerei sempre, porque desde o início, nas mais diversas e adversas circunstâncias, sempre me apoiou, e no momento decisivo supriu a minha ausência, oferecendo o conforto de que precisava para chegar ao fim.

Aos meus colegas de escritório, e muito especialmente ao Júlio Cesar Goulart Lanes, à Carolina de Azevedo Altafini, ao Fabrício Costa Pozatti, ao Otávio Luiz Verdi Motta e à Nathália Ceratti Scalco, devo o suporte que permitiu tantas ausências e um encorajamento que só vem de verdadeiros amigos.

Por fim, não poderia deixar de registrar aqui os meus agradecimentos a alguns outros amigos que tiveram um especial papel nessa caminhada, porque ou me estimularam a vir a Coimbra, ou comigo aqui estiveram, compartilhando momentos fantásticos desse tempo inesquecível. São eles, especialmente, dentre tantos que queria mencionar, os Doutores Fabio Roberto D'Avila, Miguel Tedesco Wedy, Giovani Agostini Saavedra e Angela Araújo da Silveira Espindola. A todos, toda minha gratidão.

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO	1
1. A autonomia do direito e o problema dos limites da jurisdição	1
1.1. Nosso ponto de partida: o <i>jurisprudencialismo</i>	1
1.2. O problema nuclear: a articulação entre o político e o jurídico em uma autêntica ordem política de direito	11
2. O percurso argumentativo	18
II - UMA ORDEM POLÍTICA NORMATIVAMENTE ABERTA.....	26
1. Introdução: o problema da filosofia política moderna, e a razão para um preliminar retorno aos clássicos	26
2. A ordem da alma na abertura para a transcendência: acerca da experiência fundacional da filosofia política	28
2.1. Platão, o <i>philosophos</i> e a <i>polis</i>	29
2.2. Aristóteles, o <i>spoudaios</i> e a <i>polis</i>	31
2.3. Uma parcial conclusão: a abertura da alma e o “princípio teológico”	37
2.4. O melhor regime, os regimes atuais e as oposições emergentes do confronto entre o <i>standard</i> crítico e a atualidade política	38
2.5. O problema político emergente da tensão entre a verdade da alma e a realidade política histórica	42
3. A prática articulação entre a verdade da alma e a resistente realidade política histórica	43
3.1. A constituição verdadeira, a atualidade política e o “segundo melhor” regime na transição platônica da <i>República</i> às <i>Leis</i>	44
3.1.a) O <i>Político</i>	45
3.1.b) As <i>Leis</i>	51
3.2. A constituição verdadeira, a variedade dos regimes atuais e a melhor constituição possível na <i>Política</i> de Aristóteles.....	62
4. Conclusão: a proposta político-filosófica clássica para uma (limitada) articulação do <i>logos</i> na realidade	79
III - UMA ORDEM POLÍTICA NORMATIVAMENTE FECHADA.....	83
1. O jusnaturalismo clássico e a medieval articulação entre a <i>divina ratio</i> e a ordem política histórica	83
1.1. <i>Ordinatio ad unum</i>	83
1.2. A teoria tomista da lei	85
1.3. A articulação da <i>divina ratio</i> na ordem política histórica	88
2. A transição moderna para uma ordem normativamente fechada	94
2.1. O <i>Leviathan</i> e os fundamentos do pensamento político moderno.....	96

2.1.a) Um novo fundamento para a ciência política.....	97
2.1.b) A supressão hobbesiana da simbologia da transcendência.....	99
2.1.c) O <i>homo passionalis</i> e a sua natural tendência para a autoconservação	103
2.1.d) A teoria hobbesiana da lei natural	105
2.1.e) A instituição da <i>república</i> e o problema implicado pela sua causa final.....	110
2.1.f) Da ordem pressuposta à ordem politicamente constituída: uma nova concepção da soberania.....	113
2.1.g) A constituição eterna de um cidadão iluminado	122
2.1.h) Conclusão: a ordem política moderna e os pressupostos de uma nova compreensão da normatividade	124
2.2. O <i>Contrat Social</i> e a democrática tradução dos pressupostos da compreensão moderna da normatividade	129
IV - A MODERNIDADE E O DIREITO.....	138
1. Introdução: o problema da radical incompatibilidade entre a nova filosofia política e a juridicidade pré-moderna.....	138
2. A tradição do <i>common law</i> e o desafio hobbesiano.....	140
2.1. Edward Coke e a autonomia do <i>common law</i>	141
2.2.a) O direito como <i>artificial reason</i>	142
2.2.b) A normativa supremacia do <i>common law</i> e a autoridade do juiz	147
2.2. Hobbes <i>versus</i> Coke, Hale <i>versus</i> Hobbes.....	152
3. A tradição romanista e o iluminismo (anti)jurídico.....	159
3.1. A tradição romanista.....	160
3.1.a) A emergência histórica de um direito autônomo	160
3.1.b) O jurisconsulto	163
3.1.c) A <i>praxis</i> jurídica e o desenvolvimento de um direito jurisprudencial	164
3.1.d) A <i>iurisprudentia</i> e o <i>ius honorarium</i>	170
3.1.e) A <i>iurisprudentia</i> e a <i>lex</i>	172
3.1.f) O <i>ius</i> romano e a ordem da <i>civitas</i>	173
3.1.g) A experiência jurídica medieval	179
3.2. O iluminismo (anti)jurídico.....	182
3.2.a) <i>Auctoritas, non veritas facit legem</i>	182
3.2.b) <i>Principatus politicus ex solo populi consensu</i>	184
3.2.c) <i>Volenti non fit iniuria</i>	186
3.2.d) O <i>ius</i> moderno e a legalidade moderno-iluminista	188
V - O DIREITO (<i>IUS</i>)	199
1. Introdução: a juridicidade e os juristas da <i>exégèse</i> aos nossos dias	199
2. Algumas possíveis alternativas contemporâneas ao modelo político da <i>lex</i> e ao paradigma sapiencial do <i>ius</i>	207
2.1. Interpretação e aplicação: a objeção hermenêutica ao normativismo	208
2.2. As teorias da argumentação e o procedimentalismo jurídico	218
2.2.a) A tópica jurídica de Theodor Viehweg	219

2.2.b) A lógica jurídica de Chäim Perelman.....	227
2.2.c) A teoria do discurso racional de Robert Alexy	231
2.2.d) Uma breve consideração de conjunto	237
2.3. O funcionalismo jurídico	240
2.3.a) O funcionalismo político	244
2.3.b) O funcionalismo econômico	251
2.3.c) O funcionalismo sistêmico.....	260
3. <i>Ius</i>	267
3.1. O direito e o justo	268
3.2. O direito e as regras	281
3.3. O direito e a razão	296
VI - OS LIMITES DA JURISDIÇÃO.....	325
1. Introdução: a problemática político-filosófica subjacente à questão dos limites da jurisdição	325
2. As condições normativamente constitutivas da ordem política.....	327
2.1. O debate político contemporâneo	328
2.1.a) Da “teoria da justiça” ao “liberalismo político”: o pensamento político-filosófico de John Rawls	328
2.1.b) A crítica comunitarista ao <i>self</i> liberal e algumas das suas implicações político-institucionais	336
2.1.c) A contemporânea renovação da tradição republicana	341
2.1.d) A democracia discursivo-procedimental de Jürgen Habermas	348
2.2. A ordem política.....	357
2.2.a) O problema do sentido e do lugar da juridicidade no pensamento político contemporâneo.....	358
2.2.b) As constitutivas condições normativas para a estabilização histórica de uma ordem autenticamente política	363
3. A supremacia do direito	379
3.1. <i>Rule of law</i>	379
3.2. A articulação, na ordem, do político e do jurídico	393
3.2.a) O domínio, a intencionalidade e os limites da política	394
3.2.b) <i>Lex</i> : a validade na perspectiva do político	412
3.2.c) <i>Ius</i> : a validade na perspectiva do jurídico	415
3.2.d) A supremacia normativa do direito	424
4. Conclusões: a autonomia do direito e os limites da jurisdição.....	440
4.1) A autonomia intencional do direito e os limites intencionais da jurisdição	442
4.2) Alguns mais diretos desencadeamentos metodológicos da limitação intencional da jurisdição.....	456
BIBLIOGRAFIA.....	470

INTRODUÇÃO

1. A autonomia do direito e o problema dos limites da jurisdição

O melhor que porventura se poderá dizer da presente dissertação é que logrou realizar a continuação intraescolar de um esforço argumentativo que passou a constituir a distintiva identidade jurídico-filosófica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Percorrendo decerto outros caminhos, e convocando outros interlocutores, mas sempre a pressupor tudo o que a nossa Escola tinha já pronto a oferecer, esta não passa, com efeito, de uma tentativa de prosseguir o empenho que aí se fez e se tem continuamente feito para uma recuperação da autonomia do direito e do específico sentido da *praxis* jurídica. O máximo de originalidade que, portanto, se poderá aqui encontrar, para além daquela diversidade de caminhos e interlocutores, é uma tentativa de avançar no enfrentamento de um problema que aquela recuperação implica, e que vai desde logo identificado como o problema dos limites da jurisdição numa ordem política capaz de adequadamente articular o jurídico e o político, preservando cada um a sua particular autonomia.

1.1. Nosso ponto de partida: o *jurisprudencialismo*

O ponto de partida a assumir está naquilo que tem a dizer acerca dos limites da jurisdição a mais lograda reconstituição crítica do sentido do direito. Referimo-nos àquela perspectiva global de consideração da juridicidade que Castanheira Neves tem desenvolvido com o nome de *Jurisprudencialismo*. É este, certamente, o mais relevante legado da nossa Escola para o pensamento jurídico contemporâneo, e nenhuma iniciativa que aí nasça pode renunciar a esse legado, sob pena de tomar para si o ônus de ter de fazer tudo de novo e de ver-se ainda perante um veredito de ingratidão, que é um pelo menos daqueles a que estão sujeitos todos que negligenciam a responsabilidade de preservar e levar adiante as aquisições culturais que encontram disponíveis quando chegam ao mundo e se inserem em uma

particular tradição. Vejamos então o que diz o jurisprudencialismo relativamente às questões que nos interpelam.

O jurisprudencialismo tem, evidentemente, os seus assumidos pressupostos. O primeiro deles é de índole filosófico-antropológica e assume uma específica compreensão do homem como *homo pessoalis*. É este um tipo humano “de que é essencial uma constitutiva dimensão ética, numa autonomia de transcensão axiológica e normativamente vinculante”. Compreender o homem como pessoa é o mesmo que tê-lo por alguém que “nem se reduz à comunidade, nem se assume num solipsismo prático-social, nem se polariza como constitutivo racional do sentido, mas se compreende como humano centro de imputação ética e de dignidade axiológica na interlocutora e responsabilizante convivência prático-comunitária”. Um segundo pressuposto tem a ver com o sentido da *praxis*. A prática humano-social que se liga àquela compreensão do homem é referida a uma *validade axiológico-normativa* e crítica de carácter sempre problemático mas que nunca podemos deixar de interrogar, por se tratar de “um projecto responsabilizante da própria humanidade do homem”. E é assim que se terá de ver nessa *praxis* humano-social um sentido não apenas programático-estratégico ou organizatório-funcional, mas “de uma irredutível dimensão axiológica”. Com o que chegamos a um terceiro pressuposto, pertinente ao “universo humano de convivência” que é a *comunidade*. Para ser uma comunidade *de pessoas*, esse meio humano de existência e convivência não deixará de nos impor certas herdadas condições possibilitantes, mas também não excluirá a nossa responsabilidade e não deixará por isso de ser uma implicação daquela prática referida à validade¹. Desses pressupostos resultará uma proposta de reconstituição crítica do sentido do direito que será *axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade e *judicativa* no *modus metodológico*².

¹ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Nuno M. M. Santos Coelho & Antonio Sá da Silva (org.), Salvador, Juspodivm, 2012, pp. 60/1.

² Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 61/2; idem, , “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXIV, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1998, pp. 188/9.

Esse esforço de reconstituição crítica vem organizado pela conjugação de dois momentos, referindo, em primeiro lugar, (a) uma certa *intencionalidade normativa* a compreender na juridicidade, e convocando, em segundo lugar, (b) um específico *modelo de pensamento jurídico* chamado à sua realização. A intencionalidade normativa advém de uma integração dialética de quatro dimensões fundamentais: (a.1) uma *perspectiva*, (a.2) um *sentido*, a culminar numa *intentio* de validade, (a.3) uma determinante *normatividade* e (a.4) uma *estrutura* caracterizadora e diferenciadora. A perspectiva a adotar não será a perspectiva macroscópica da sociedade, que é a perspectiva assumida pela lei, mas a do homem, uma perspectiva de índole *judicativamente microscópica*, assumida pelo *juízo*. O *sentido* será, conforme veremos com mais cuidado adiante, o de uma validade axiológico-normativamente fundamentante. A normatividade constituinte em que se consubstancia aquela validade se desdobrará, por sua vez, em três planos ou níveis de determinação ou intencionalidade normativa – um de maior contingência positivo-social, outro de uma específica principiologia e um terceiro de uma substantiva e dialética axiologia essencial –, pensados na unidade de uma dialética historicamente constitutiva em que o direito encontra a sua manifestação e contínua determinação intencional (a “consciência jurídica” do momento histórico que se considere). E delimitar-se-á enfim o universo da juridicidade por referência a uma estrutura caracterizadora e diferenciadora em que concorrem uma *validade* (axiológico-normativa), uma *universalidade* (intencional universal sem discriminação e em que as diferenças sejam apenas de sentido situacionalmente reversível), um *fundamento* (racional determinante material de toda a concretização) e um *juízo* (uma decisão problemático-normativamente judicativa). Quanto ao segundo momento desse esforço de reconstituição, concernente ao modelo de pensamento chamado a assumir o sentido do direito e a sua normatividade, o jurisprudencialismo toma lado firmemente em favor de uma racionalidade *axiológico-prudencial* e assevera o modo *judicativo-decisório* da prática realização do direito³.

³ É essa uma nossa tentativa de síntese integradora das mais recentes formulações desse pensamento, encontradas em Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 62-79; idem, “A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo”, *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*, Elaine Harzheim Macedo & Daniela Boito Maurmann Hidalgo (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, pp. 21-32; e idem, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *O direito e o futuro. O futuro do direito*, António José Avelãs Nunes & Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.), Coimbra, Almedina, 2008, pp. 57-67.

Nenhum traço dessa compreensão do direito releva mais para a afirmação da sua autonomia e, por implicação, para a demarcação dos seus limites, do que a resposta que dá ao problema do sentido do direito. Resposta que de nós exigirá, portanto, uma particular atenção. E a ela chegaremos pelas mãos de Castanheira Neves se seguirmos o caminho pelo qual argumentativamente nos conduz, em duas etapas. A primeira, em que nos leva a explorar as condições humano-culturais e axiológico-normativas da emergência do direito como direito. Referimo-nos às “condições constitutivas da sua possibilidade”, ao “especificamente constitutivo da sua emergência como direito, do que ao direito com o sentido de direito o constitui”. A segunda, em que virão determinadas as dimensões constitutivas da específica normatividade do direito, com a chamada a primeiro plano daquela que para nós é, de tudo, o mais determinante para a caracterização da juridicidade: o constituir o direito uma axiológico-normativa validade material. Vejamos em que termos, sem negligenciar nenhum dos passos mais relevantes do percurso argumentativo⁴.

As condições da emergência do direito como direito são três. A primeira, a *condição mundanal* ou *mundano-social*, define o campo possível da juridicidade. A segunda é uma *condição humano-existencial* que suscita problemas decorrentes de ser a pessoa um ser comunitário – pelo que também pode ser chamada de *condição comunitária*. Por fim, temos a *condição* essencial para a emergência e a diferenciação do direito, que é a *condição ética*. Às duas primeiras nos referiremos rapidamente, para dizer só o essencial. A condição mundano-social é a que define o campo da juridicidade, porque é dela que emerge o problema típico do direito: o mundo é *um* e nós homens nele somos *muitos*, e dessa pluralidade na unicidade de um mundo que comungamos e partilhamos, e por cuja mediação nos relacionamos, emerge o problema daquilo que a cada um cabe, e do que devemos cada um aos outros pela mediação do mundo. A condição comunitária é para nós da maior importância, e a ela, por isso, voltaremos em breve, deixando aqui por ora

⁴ O que segue é uma síntese das formulações acerca do sentido do direito que encontramos em Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. II, Rui Manuel de Moura Ramos e outros [org.], Coimbra, Almedina, 2002, pp. 841-71; idem, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 21-8; idem, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 63-70; idem, “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, *Digesta*, v. 3^o, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 119-21; e idem, “Uma reflexão filosófica sobre o direito – ‘O deserto está a crescer...’ ou a recuperação da filosofia do direito?”, *Digesta*, v. 3^o, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 95/6.

esclarecido apenas que aquela nossa relação mediada pelo mundo é própria de seres que existem uns com os outros e que só podem humanamente existir numa dialética de personalidade e comunidade, de autonomia pessoal e convergência comunitária, que se manifesta numa tensão de contrários e faz surgir um problema de integração, e com ele o problema capital da institucionalização de uma ordem, e de uma ordem que para ser humana terá de ser ou encerrar uma validade. Com o que acabamos sendo de imediato remetidos para a condição ética. Aquelas primeiras são condições meramente necessárias para a emergência do direito. Mas esta é decisiva. É dela que resulta aquilo que de peculiar e especificante tem o direito. Nela vai um *reconhecimento* daquilo que é a pessoa e das mais imediatas implicações disso: quando nos reconhecemos reciprocamente uns aos outros não como objetos, mas como sujeitos éticos, somos interpelados pela axiológica indisponibilidade de uns pelos outros e com isso se instituem no mundo irrenunciáveis exigências axiológico-normativas. Tornamo-nos de uma só vez *sujeitos de direito, sujeitos de direitos e sujeitos do próprio direito*, e é nessa particular eticidade que o direito sustenta a sua normatividade.

Chegamos então ao problema das dimensões constitutivas dessa normatividade. É aqui, naquilo que distingue essa normatividade, que se define o que para o jurisprudencialismo o direito é: uma ordem material de validade fundamentante. E se decerto grande relevância tem a explicitação dos três planos em que se determina essa validade – um primeiro de referência sociologicamente cultural e de uma maior histórica contingência positivo-social, um outro intermediário, de uma específica intencionalidade principiológica em que o direito encontra a imediata expressão do seu subsistente sentido de direito, e um último e capital, de uma substantiva ou material axiologia humano-comunitária, a referir na sua manifestação o *suum* e o *commune* e a dialética entre eles enquanto a expressão axiológico-normativa da autonomia pessoal e da responsabilidade comunitária –, aquilo que precisamos verdadeiramente destacar é a circunstância de constituir essa normatividade, em todos os seus planos, uma *validade*, ou seja, “uma referência regulativa de intencionalidade e expressão axiológico-normativa a invocar como fundamento também normativo da prática humano-social e de todos os juízos decisórios exigidos por essa prática”. Nesses termos, essa validade que o direito é “traduz um sentido normativo (nos valores e princípios que a substantivem) que

transcende as posições e as pretensões individuais de uma qualquer relação intersubjectiva e os transcende pela referência e a assunção de uma fundamentante normatividade de sentido integrante e assim vinculante para todos os membros de uma comunidade prática”⁵.

É esta compreensão do direito como validade um imperativo do reconhecimento da pessoa. O sujeito ético que é a pessoa implica uma *exigência de fundamento* para todas as pretensões que umas dirijam às outras. E um fundamento é precisamente uma *ratio* em que se afirma uma validade, ou seja, um sentido normativo que transcende os pontos de vista individuais pela referência a e a assunção de uma unidade ou um comum de sentido integrante que se imponha como uma justificação superior e independente das posições individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente os membros da relação sem preterir e antes reconhecendo as respectivas dignidades e justificando as suas responsabilidades ⁶. Pode-se dizer então que aquela validade vai se constituindo em resposta ao problema do que é justo, pois os fundamentos que dão esse sentido de validade axiológico-normativa ao direito são eles mesmos “auto-p pressuposições humanas de sentido”, certas específicas expressões “do transcender fundamentante do homem em que se constituem as suas históricas, culturalmente históricas, respostas à pergunta pelo bem e pelo justo”⁷. Daí porque o problema do fundamento dessa validade, do fundamento dessa própria axiologia normativamente fundamentante, se resolve com o reconhecimento de que os seus valores e princípios “são como que o resultado ético-prático da histórica aprendizagem que o homem faz da sua humanidade”, e assim se revelam “em pressuposição intencional-problematicamente fundamentante e constitutiva perante as positivities normativas que se exprimam nessa cultura e nessa época – são valores e princípios pressupostos e metapositivos a essa mesma positividade, e assim numa *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentabilidade prático-cultural* [...] de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem

⁵ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 25.

⁶ Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., p. 869; idem, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 28; idem, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 33/4.

⁷ Castanheira Neves, “Uma reflexão filosófica sobre o direito...”, op. cit., p. 98; idem, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 416-8.

a si mesmo se negar”⁸. Não é essa validade que é o direito, portanto, nem um absoluto a-histórico em si nem um histórico absolutamente contingente e disponível. Em última instância, a validade que o direito é revela como que “a nossa perspectiva jurídica do absoluto” – “aquela perspectiva da axiológica validade que histórico-socialmente conseguimos e que historicamente se problematizará no contínuo esforço de a atingirmos”⁹ –, e constitui assim uma daquelas respostas humanas ao apelo absoluto da transcendência sem as quais não atingimos a nossa humanidade, pois afinal o homem “só o é pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura da resposta às perguntas fundamentais”¹⁰. É esse o significado da referência última do direito a um “absoluto histórico”¹¹.

Com essas todas que são as suas coordenadas fundamentais, o direito se autonomiza. Trata-se então da autonomia de uma validade normativa material¹². E mais especificamente daquela validade que vai se constituindo e estabilizando para a solução prático-judicativa e axiológico-normativamente fundamentada do problema da integração da pluralidade humana na unicidade do mundo comunitário¹³. Essa “intenção axiológico-normativa” que assim se forma “constitui o direito como direito”, e “é nela que verdadeiramente radica [...] a sua autonomia”¹⁴. Ficam assim circunscritos o campo problemático e a intencionalidade normativa da juridicidade, com o que acabam por se estabelecer os *limites do direito*, nos seguintes termos: “estaremos perante um problema de direito [...] se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço

⁸ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 27/8.

⁹ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 175.

¹⁰ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 30-5.

¹¹ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 27/8; idem, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3961 (2010), p. 213.

¹² Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 32; idem, Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 62-72; idem, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 21-32; e idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., p. 37.

¹³ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., p. 78.

¹⁴ Castanheira Neves, “A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário”, *Digesta*, v. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 209 e 215.

objectivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético). No que temos afinal um determinado *objecto* (as relações mundano-sociais) num particular *contexto prático* (o contexto da convivência pessoal-comunitária) de que emergem *controvérsias ou problemas normativo-práticos* a convocarem para a sua solução judicativa um *fundamento de validade normativa* (a validade axiológico-normativa implicada na axiologia da pessoa, na axiologia do reconhecimento da sua autonomia e da sua responsabilidade numa comunidade ética de pessoas)”¹⁵.

Dessa circunscrição problemática e intencional tiram-se alguns imediatos corolários de invulgar importância no contexto sócio-cultural atual: embora tenha uma dimensão ética, o direito não é simplesmente uma ética, pois emerge apenas dos problemas que advém da mediação do mundo e concerne só ao que é externamente devido; não se dissolve numa pluralidade de direitos nem remete aos “direitos do homem” como a um fundamento, pois são antes os direitos que se integram à validade transindividual que dá sentido ao direito; não se encerra nem se funda numa histórica Constituição política, pois, como vimos, a sua normatividade radica em última instância em um “absoluto histórico” que transcende as contingências e a precariedade de qualquer objetivação jurídica histórica e concreta; e, por fim, não se assimilia nem vincula o direito ao domínio da política, porque na compreensão proposta o político contrapõe à validade a estratégia, à universalidade a partidarização, ao fundamento os efeitos e ao juízo a decisão¹⁶.

Ao constituir nesses termos uma *ordem de finalidade* – de intenção estratégica, não axiológico-normativa, e a convocar uma racionalidade instrumental, e não prático-prudencial –, a política vem considerada uma *alternativa ao direito*. E o mesmo vale para quaisquer outras ordens ou intencionalidades que para a solução

¹⁵ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 77/8; idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., pp. 71/2.

¹⁶ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 72-6; idem, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., p. 214-6; idem, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 233-5; idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., pp. 51-6 e 65; e idem, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 31.

do mesmo problema deixem de assumir aquele sentido axiológico-normativamente fundamentante do direito: “as intencionalidades sociais que não assumam esse seu sentido constitutivo e diferenciador, na resolução embora do mesmo problema humano-histórico-social para que o direito se tem constituído como uma específica solução, o problema da integração da pluralidade humana na unicidade do mesmo mundo comunitário, verdadeiramente abandonam o domínio do direito e constituem-se como suas alternativas”¹⁷.

O que disso resulta para a jurisdição é que não deve assumir qualquer outra intencionalidade, sob pena privilegiar uma qualquer alternativa ao direito e, com isso, trair a sua vocação. Já no prefácio da sua tese doutoral, publicada há meio século, Castanheira Neves sustentava que o pensamento jurídico em geral é o *logos* constituinte da juridicidade, mas sob a condição de assumir a *intenção da juridicidade*¹⁸. Com mais razão ainda deverá a jurisdição prender-se a essa intencionalidade, pois o juiz é “o sujeito institucional convocado a realizá-la”, e então a fidelidade do Poder Judiciário à intenção do direito será indispensável para a preservação do seu constitutivo sentido¹⁹. Numa ordem de direito, e, portanto, num autêntico Estado de Direito, que é aquele, como viemos a compreender com nossos professores de Coimbra, que tem verdadeiramente no direito uma sua fundamental *dimensão constitutiva*, a jurisdição será aquela instância chamada a “intencionar e realizar só o direito, na sua autonomia” – que é, como vimos, a autonomia de uma axiológico-normativa validade material. A sua é uma “função política sem intenção política”: função que cumpre “na sua intenção só ao direito”, “para o afirmar na sua autonomia de validade”. E assim acabam por se estabelecer os limites intencionais da jurisdição: “a convocação da jurisdição à sua função essencial de assunção e afirmação do direito, na sua autonomia e igualmente nos seus limites, não implica chamar a jurisdição a outra intencionalidade e outra problemática que não as

¹⁷ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., p. 78/9; idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., p. 80/1.

¹⁸ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) I – A crise*, Coimbra, Almedina, 1967, *Prefácio* (não paginado).

¹⁹ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., p. 235; idem, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 43/4.

exclusivamente jurídicas, sem imiscuir-se, o que a perverteria, em quaisquer domínios políticos que não os seus”²⁰.

Da demarcação do domínio da juridicidade certamente resultarão outros limites, como, por exemplo, aqueles que vêm da exigência a que está sujeita a jurisdição de atuar conforme ao tipo de racionalidade especificamente jurídica, em termos que satisfaçam simultaneamente uma exigência de fundamentação normativo-dogmática e uma exigência de adequação problemático-concreta²¹. Teremos ao final, em conclusão, a oportunidade de explorar limites de outras índoles, como este pertinente à racionalidade que deve governar a atuação jurisdicional. Mas o que se mostra para nós crucial, por ser afinal aquilo que virá a delimitar o nosso círculo problemático e o que haveremos de diretamente enfrentar, é de fato a questão mais fundamental dos limites intencionais, pois, tal como está definida a intencionalidade do direito e, no contraste com ela, a intencionalidade política, parece-nos impossível uma articulação capaz de *conciliar* numa ordem de direito as intenções jurídica e política e orientar uma demarcação dos limites da jurisdição capaz de moderar as tensões entre uma e a outra e evitar um excessivo extravassamento do âmbito em que deve se mover a atividade judicante. Além de uma certa inquietação com a maneira como a política está, em linhas gerais, representada pelo pensamento jurisprudencialista – e embora essa representação seja, certamente, justificada pelas circunstâncias –, preocupa-nos o risco de virmos a concorrer – ainda que apenas por uma insuficiente resistência – para entregar a atividade política e a legislação a uma franca funcionalização. Pois isso, contrariamente ao que se espera, acabaria, como de resto já tem acontecido, por obrigar a jurisdição a extravasar os seus limites, tomando para si aquela que é a intenção normativa própria da política e tarefas que devem ser reservadas à legislatura, com uma sua perversão e, assim, com certo perigo para o direito e a preservação da ordem jurídica. O caminho que assim, e em síntese, parece-nos estar em parte por trilhar, é o do esclarecimento da intenção axiológico-normativa da política – pois cremos que também a política merece ter uma intencionalidade dessa índole –, com uma definição mais precisa dessa e, *relativamente a ela*, da

²⁰ Castanheira Neves, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., pp. 219/20.

²¹ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 235.

intencionalidade do direito, de forma que seja possível uma coordenação entre a atividade política, especialmente a atividade político-legislativa, e a atividade jurisdicional, com uma melhor especificação dos limites da jurisdição e a identificação de alguns mais diretos corolários práticos capazes de dar conta da necessidade de amenizar a tensão entre uma e a outra, privilegiando em detrimento dessa oposição tensional uma mais harmônica e frutífera articulação coordenada que permita ao Poder Judiciário restringir-se à sua distintiva tarefa e, com isso, promover a juridicidade num contexto em que tantos fatores a estão a ameaçar. E é esse o nosso caminho. Antes de iniciar o percurso, convém ainda, contudo, melhor explicitar o cerne do problema proposto, circunscrevendo-o com um pouco mais de cuidado, para esclarecer por que viemos a colocá-lo no centro das nossas preocupações.

1.2. O problema nuclear: a articulação entre o político e o jurídico em uma autêntica ordem política de direito

Logo no início, fizemos questão de destacar que este nosso é um esforço de continuação intraescolar. Não passa, afinal, de uma tentativa de prosseguir o empenho que tem distinguido a nossa Escola, no sentido de uma reconstrução crítica da autonomia do direito e da específica intencionalidade da *praxis* jurídica. Isso justifica o ponto de partida assumido e exige agora uma mais clara e franca explicitação daquilo que nos parece mais inquietante e ainda por explorar na compreensão global do direito que devemos a Castanheira Neves. É essa uma desafiadora tarefa, sobretudo quando estamos a tratar daquela que é a compreensão dos nossos Professores, e quando por meio deles passou a ser também a nossa, por uma franca convicção de que avança a mais completa e bem articulada explicitação do que é verdadeiramente distintivo do fenômeno jurídico e do que tem de mais valiosa a nossa juridicidade. Mas a coragem e o estímulo vêm da crença de que não pode um discípulo homenagear mais logradamente os seus mestres, nem demonstrar com mais vigor a sua gratidão, do que num esforço de contribuição animado pelo desejo genuíno de dar continuidade ao seu mais relevante legado intelectual. E como dar continuidade não é algo que se consiga ou que melhor se realize nos estritos limites de uma divulgação acrítica, o desafio assumido e que pretendemos agora enfrentar é o de identificar com melhor precisão

em que ponto podemos ingressar com intenção crítica para que a nossa participação no empreendimento possa, eventualmente, trazer algum contributo.

Já enunciamos muito brevemente a problemática que nos mobilizará. Se, por um lado, parece-nos substancialmente correta e circunstancialmente urgente a atribuição ao direito de uma autonomia de sentido por assimilação de uma intencionalidade normativa material própria, suspeitamos, por outro, que esse sentido está ainda a reclamar uma mais estrita delimitação, ou uma maior densificação, pois acreditamos que também a política tem uma intencionalidade material de cariz axiológico que subordina a prática política e, sem uma explicitação desta e uma mais restritiva demarcação daquela, o direito e a (verdadeira) política aproximam-se perigosamente e em certos pontos quase se confundem, com um risco muito concreto, que é o de que a orientação da jurisdição ao direito se dê em termos que levem a uma invasão da esfera da política e consubstancie assim, em verdade, uma desorientação. Além disso, sem uma recuperação do autêntico sentido da atividade política, e sobretudo da intencionalidade que deve orientar a atividade político-legislativa, a tendência – e é esta uma tendência muito atual e de consequências extremamente nocivas – é a de que a jurisdição seja chamada, mesmo que a pretexto de cumprir a intencionalidade do direito, a pôr no rumo coisas que deveriam ficar fora do seu círculo de atribuições, como que a resolver problemas de índole política que pela ordem das responsabilidades deveriam convocar apenas ou primeiramente as instâncias políticas. Mas com isso não justificamos ainda o nosso projeto. É preciso mostrar por que acreditamos que da compreensão do direito que, por íntima convicção, tomamos para nós, emergem esses problemas, e quais as razões pelas quais nos ressentimos de um ulterior desenvolvimento.

E o primeiro ponto a assim considerar concerne àquilo que nos parece quase que uma natural aceitação, como se normal fosse, de algo que em nosso entendimento é uma patologia da política. Acreditamos que a ordem política é também ela uma ordem de validade, que tem ela também o seu *telos* e que esse seu *telos* é um bem, da mesma forma que a ordem jurídica tem no justo o seu *telos* e que este seu específico fim é um bem, pelo que serão tanto uma quanto a outra ordens de validade materialmente fundamentantes, cada uma com a sua autonomia e a reclamarem ambas um esforço de articulação. Temos, portanto, certa dificuldade

em aceitar que o político venha a ser posto em concorrência com o jurídico por vir a caracterizar-se como “a dimensão socialmente ideológica do domínio e do poder”, e que o direito terá de vir por isso a ser considerado a *única* alternativa humana para os problemas emergentes na nossa coexistência comunitária, já que seria, no que concerne a esses problemas, a única “dimensão socialmente axiológica do valor e da validade”²². Mesmo que os fatos circunstancialmente autorizem a constatação de que o mundo do político se tornou “o mundo do poder e da decisão”, um mundo afinal “polarizado no irracional”, por remeter à *voluntas* e “à sua essencial irracionalidade”²³, é o caso de perguntarmos se não é essa mais uma patologia do nosso tempo e se em verdade essa tendência circunstancial não consubstancia uma traição da causa da política, e um desvio portanto da sua autêntica intencionalidade. Pois é previsível que no rumo em que vamos essa mesma tendência venha rapidamente a se afirmar no domínio da prática jurídica, sem que apesar disso seja transformada a intenção do direito, como que a também reduzi-lo, como aconteceu com a política, a uma expressão do irracional “mundo do poder e da decisão”. É possível que aqui como lá, no domínio da política e da juridicidade, estejam práticas intencionalmente orientadas por diferentes intenções axiológicas sujeitas a uma desorientação decorrente de uma tendência patológica capaz de se estender a todos os domínios. E talvez tenha chegado ao domínio da política primeiro por sua maior vulnerabilidade, sem que com isso nos vejamos autorizados a capitular e reconhecer que o político é o domínio irracional do poder e da sua decisão, como decerto não haveremos de reconhecer que o mundo do direito é um mundo irracional só pela ocasional desventura de não conseguirmos conter aquela tendência e a prática jurídica venha com isso a ser igualmente entregue à mesma irracionalidade que tão fortemente tem se afirmado no domínio da política. Se essa tragédia vier a se abater sobre nós, o direito terá sido enfim *perdido*, não transformado. Cabe então perguntar se o que se tem afirmado no campo da prática política não é uma *alternativa à política*, tanto quanto são alternativas ao direito certas intencionalidades que vêm tentando se afirmar no campo da prática jurídica. E se, diante disso, não é o caso de tentar também recuperar a autêntica intencionalidade da política, ainda que isso se faça, por força das nossas

²² Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 28; idem, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., p. 47.

²³ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 30; idem, “A imagem do homem no universo prático”, *Digesta*, v. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 316.

contingências, nos estritos limites do que cabe a um jurista, e para ver se não é possível uma articulação dessa e da intencionalidade jurídica numa autêntica ordem de direito.

Com o que somos remetidos ao segundo ponto da nossa justificação. É natural que uma qualquer tolerância àquela patologia, como se o que dela resulta fosse a normalidade da política, coloque sobre a juridicidade uma responsabilidade que talvez não seja dela. E acreditamos que é disso que se trata quando o axiológico-normativo problema da integração comunitária vai inteiramente posto no domínio da juridicidade, ou tudo a ela remete em última instância, como acaba por sugerir Castanheira Neves quando responde, nos seguintes termos, se a política é a última instância prática: “Se fosse, o decisionismo seria a essência do universo prático [...]. Só que o universo prático conhece outra capital dimensão. Para além da relação directa entre o homem e o mundo, pela inter-relacional mediação dos homens, com que deparamos na economia e da relação de sujeito/sujeito ou da relação entre os homens pela mediação do mundo em que se estrutura a política, há que atender ainda – continuamos no plano apenas fenomenológico – à relação de sujeito-sujeito ou dos homens com os homens, no mundo decerto e em referência a ele, mas agora pela mediação do *sentido* – pela mediação de uma referência transindividual ou uma comum transcendência fundamentante. Nesse caso abandona-se a *Zweckrationalitat* e convoca-se a *Wertrationalitat*. A transcendência comum, isto é, comunitária, assume-se então como fundamento em que se compreende o sentido e se reconhece o valor. E como transcendência na intersubjectividade comunitária, que manifesta o sentido e refere o valor, constitui para a mesma intersubjectividade um vínculo, vínculo-fundamento, que se objectiva numa *validade* – a implicar esta, por sua vez, a polaridade normativa do válido e do inválido, do justo e do injusto, do lícito e do ilícito. Entrámos deste modo na fenomenológica experiência do direito. A significar também que no universo prático ingressa a *validade* (axiológica) *versus* a estratégia (finalística) e com ela a *universalidade* (comunitária) *versus* a partidarização (associativa), o *fundamento* (normativo) *versus* a eficácia (consequencial). Submissão assim a uma exigência de validade que em concreto se cumpre num *juízo*, num julgamento-ponderação como solução prática dos problemas-controvérsias também práticos que se suscitem,

segundo uma racionalidade prudencial que, como tal, refere a validade no seu sentido e como fundamento normativo”²⁴.

Não queremos de modo nenhum sugerir, em contraposição ao que sustenta o nosso Professor, que a política é a última instância prática. O que pretendemos é apenas mostrar que a redução da política a uma dimensão de irracionalidade em que impera a pura decisão acaba por deixar o direito na condição de instância *única* da validade comunitária. Quando se tratar de uma qualquer relação entre os homens pela mediação do mundo, ou será chamado o direito a impor a sua validade ou ficará o problema de fora do domínio daqueles que merecem uma prudencial solução por referência a alguma axiológica intencionalidade material. Esse é, decerto, um corolário inevitável da expulsão da racionalidade e da prudência do domínio da política, quando subsiste ainda um compromisso comunitário com uma intencionalidade axiológico-normativa, a invocar uma validade. Mas não acreditamos, como há pouco fora destacado, que a expulsão da racionalidade do domínio da política seja inevitável e se tenha de necessariamente excluir que a política venha a se subordinar a uma intenção própria de índole também axiológico-normativa e possa, assim, contribuir a seu modo para, no contexto de uma ordem de direito, resolver prudencialmente os problemas relativos à integração comunitária que caiam no seu domínio, deixando que a juridicidade resolva apenas os que caiam no domínio do direito, e também a seu modo. Não acreditamos, por isso, que o *homo juridicus* seja o *único* homem referido ao sentido de uma comunitária validade axiológico-normativa²⁵, pois isso equivaleria a banir a prudência política e, portanto, à negação de que possam também o *homo politicus* e as instâncias políticas serem convocados a resolver certos problemas comunitários por referência a uma validade material, com o que se acabaria por colocar essa responsabilidade, por falta de alternativas, inteiramente sobre os ombros dos juízes. É fundamental a reserva à competência do político dos problemas da organização e da estrutura dos poderes, dos programas sociais e da ordenação econômica da sociedade²⁶, mas não aceitamos, por outro lado, nem que esses problemas sejam deixados à margem de toda e qualquer normatividade, e se resolvam sem invocação de fundamentos

²⁴ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 30/1; idem, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., p. 318.

²⁵ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 31.

²⁶ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 38.

axiológico-normativos, nem que para isso seja mobilizada a jurisdição, pois embora de fato convoquem uma axiológica intencionalidade material, é certo também que ficam totalmente de fora do domínio problemático do direito e não encontram apropriada solução nos estritos limites da validade jurídica. Não nos parece, com efeito, que todos os problemas implicados pela integração comunitária convoquem o direito, dado que a validade jurídica não se constitui em resposta a todos aqueles problemas, mas apenas a alguns deles, e nos estreitos limites de uma prática judicativa vocacionada à solução destes apenas, e não de todos.

Castanheira Neves parece pensar também assim, quando assevera, acerca do sentido e da intenção do direito, que “não são tudo, nem tudo deles depende”²⁷. Por outro lado, o domínio do político, diversamente do que acontece com a ética e o direito, é deixado, tal como vem normalmente caracterizado, à margem do espectro da validade, da intencionalidade axiológico-normativa²⁸, e por isso a intencionalidade jurídica é chamada a impor-se ao político não apenas como se houvesse uma exigência de subordinação de uma intencionalidade axiológico-normativa a outra, mas como se a intenção jurídica fosse a única dessa índole e devesse vir chamada a controlar uma atividade que se dá sempre num vazio axiológico-normativo. O risco é de que assim sejamos levados de um extremo a outro: o pressuposto da ausência de uma intencionalidade normativa autônoma no direito, que acaba por remeter os problemas jurídicos todos ao domínio da política²⁹, viria a ser substituído por um idêntico pressuposto relativamente ao universo político, e com ele todos os problemas comunitários a convocarem uma intencionalidade axiológico-normativa teriam de vir a ser solucionados por referência à juridicidade e em última instância pela jurisdição. Encontramos indícios disso quando o nosso Professor integra o direito ao “mundo espiritual do *sentido*” e nele vê aquela ordem de validade axiológica que “postula uma *ordem justa* de sociedade”, diferenciando-se assim da ordem de necessidade do poder e da ordem de finalidade do político³⁰; quando assevera que o político “sempre acaba por ter de invocar” a validade do direito, “sem

²⁷ Castanheira Neves, “Justiça e direito”, *Digesta*, v. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 254.

²⁸ Castanheira Neves, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., pp. 318/9.

²⁹ Castanheira Neves, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, op. cit., pp. 388-90.

³⁰ Castanheira Neves, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta*, v. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 300-8.

o que [...] o poder não passará afinal de nua força”³¹; quando discorre acerca do político e do jurídico equiparando sempre o primeiro ao ideológico e atribuindo ao direito uma intenção axiológica de segundo grau em relação à intenção estratégica da política³²; quando deixa no domínio da juridicidade a última intenção de unidade e totalização social, a “síntese axiologicamente pretendida de uma comunidade válida” que “confere validade ao político”³³; e quando, por fim, exorta os juristas nas universidades e na função judicial a tomarem para si a responsabilidade de ser a “consciência ética da comunidade”³⁴, com uma especial menção ao juiz, em quem teríamos “o representante originário da comunidade no seu todo e da sua última intencionalidade axiológica”³⁵.

É certo que as questões que presentemente nos preocupam não passaram despercebidas ao nosso Professor, e tanto é assim que frequentemente insiste na distinção entre “a política” e “o político”. Mas aquela exclusividade do jurídico sobre o axiológico e a redução da política à ideologia podem acabar por levar, apesar de tudo, a uma inquietante confusão entre o político e o jurídico, como, por exemplo, numa distinção que assim nos oferece: “o ‘soberano’ é a comunidade histórica globalmente considerada, e não qualquer poder diferenciado, e distinguindo nela ‘o político’ (a ‘*Politeia*’ clássica), por um lado, enquanto a última intencional referência aos valores e fundamentais e constitutivos da comunidade que vão encontrando expressão na axiológico-normativa autonomia do direito, e ‘a política’, por outro lado, enquanto já os compromissos ideológico-políticos de variável titularidade que nela actuam através dos diversos poderes, reconhecer-se-ão então a funcional legitimidade comunitária desses poderes, mas não menos a legitimidade funcional do contra-poder que assumam, em intenção e de validade crítica, aquela referência comunitária última com os seus valores fundamentais”³⁶. Como se vê, para distinguir-se da política e adquirir uma intencionalidade axiológica o político acaba por correr o risco de assimilar-se ao jurídico, pois afinal a única intenção axiológico-

³¹ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 74/5.

³² Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 195-215.

³³ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 199-201.

³⁴ Castanheira Neves, “O papel do jurista no nosso tempo”, *Digesta*, v. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 46.

³⁵ Castanheira Neves, “Justiça e direito”, op. cit., p. 285.

³⁶ Castanheira Neves, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., pp. 219/20.

normativamente integrante da comunidade pertence ao direito e não se reconhece nenhuma outra intencionalidade de mesma índole que pudesse eventualmente atribuir-se autonomamente ao político. O problema é que com isso a distinção entre o jurídico e o político, naquele estrito sentido, fica esmaecida, e isso, pelo menos é a nossa preocupação, pode comprometer a autonomia do direito.

A hipótese que queremos então avançar e submeter ao teste da crítica é a de que também o político tem a sua intencionalidade axiológico-normativa, e que essa intencionalidade se obtém e diferencia mediante uma delimitação um pouco mais estreita da intencionalidade do direito. Se fizer sentido essa nossa hipótese, teremos de ver como essas duas intencionalidades de mesma índole se articulariam numa ordem de direito, e que limites tanto a concorrência articulada dessas diversas intencionalidades quanto uma mais restrita delimitação da intencionalidade jurídica imporiam à jurisdição. Pois mesmo que depois disso o direito preserve para si o privilégio de ser, como acreditamos que deva, a “última instância crítica” da comunidade³⁷, justificando que ainda se diga que o Estado de Direito é “aquele em que a *última palavra* de validade e a própria *medida do poder* é o direito”, com o evidente consectário de que todas as manifestações do poder devem vir submetidas ao controle da jurisdição³⁸, não implica isso necessariamente que sobre tudo deva o direito dar a sua palavra, nem que tudo deva, a qualquer custo ou de qualquer jeito, exigir uma decisão jurisdicional.

2. O percurso argumentativo

Qualquer inquirição séria em torno à juridicidade precisará superar dois obstáculos difíceis. O primeiro é o fechamento da ordem política para qualquer ordem normativa extra ou supraestatal, típico do pensamento político-filosófico moderno. Se na filosofia política clássica toda a investigação é conduzida no pressuposto da existência de uma tensão entre a ordem política empírica e uma ordem de validade transcendente, e vai animada pelo propósito de descobrir como e sob que condições pode a ordem empírica ser permeada por aquela validade, na

³⁷ Castanheira Neves, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, op. cit., pp. 413/4.

³⁸ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 237/8; idem, “Justiça e direito”, op. cit., p. 286.

modernidade aquela tensão será inteiramente suprimida por uma rejeição pura e simples de qualquer ordem de validade superior ou pela recusa em subordinar ou medir a ordem normativa da sociedade por referência a uma normatividade transcendente. O outro obstáculo concerne à alternativa que de pronto se abre quando o primeiro é superado. Ao rejeitamos o fechamento da ordem político-jurídica na imanência da sua autônoma normatividade empírica, logo encontramos à disposição o modo grego de pensar o problema, e a solução que a vocação grega oferece. O pensamento político-filosófico de inspiração grega traduz aquela tensão na forma de um confronto entre leis — uma imanente, positiva, outra transcendente ou natural —, e enfrenta o problema que emerge da descoberta deste aspecto tensional da realidade propondo arranjos constitucionais que assegurem a permeabilidade da alma do legislador àquela ordem superior, para a conformação das leis à verdade que se revela no esforço de abertura que faz de alguém um filósofo e habilita ele mesmo, ou alguém educado por ele, a legislar para a cidade.

Como se vê, não é devida ao acaso a nossa vocação para o normativismo. São duas, afinal, as compreensões mais filosoficamente articuladas do que se passou a chamar direito. Uma, tipicamente moderna, que encerra o homem na imanência e não consegue ver no direito senão uma expressão do poder, da vontade ou da decisão de quem pode arrogar para si qualquer espécie de legitimidade política, e outra, tipicamente grega, que postula a abertura do homem e da ordem política para uma ordem transcendente traduzida por leis verdadeiras que servem de modelo e critério para as leis da *polis* histórica. Em qualquer dos casos, o direito é a lei, com a única diferença, por mais relevante que isso seja, de que a lei moderna tem na autonomia do homem a sua fonte, e numa vontade legítima o seu critério último de validade, ao passo que a lei grega refere à constituição verdadeira e retira a sua validade da ordenação da vida da *polis* a um fim bom, que é o que faz de uma constituição histórica uma constituição boa e, portanto, verdadeira. No primeiro caso, não se reconhece senão um direito-lei de humana constituição, desprezado como tal de qualquer validade material com que se pudesse confrontar. No caso grego, embora vá reconhecida e assumida a existência de uma normatividade superior que coexiste em tensão com a normatividade empírica que a comunidade política assume para si, é possível falar talvez na existência de dois direitos, um natural e outro positivo, mas essa tensão é simbolizada na forma de

uma tensão entre legalidades, razão pela qual a menção a duas leis ou a duas legalidades, uma natural ou verdadeira, outra positiva, seria mais adequada à caracterização do pensamento grego.

Uma hipótese que devemos desde logo avançar, contudo, é a de que as referidas compreensões *nada nos dizem acerca do direito*, pois não são verdadeiramente articulações intelectuais do ser ou do sentido do direito, na sua autônoma especificidade. Não passam, pois, de compreensões da lei, que ou desprezam completamente a existência de um direito à parte da legislação, e que com a legalidade não se confunde, ou recusam o *status* normativo e a validade histórica de qualquer normatividade que não provenha da ou se manifeste na lei. Se isso é correto, então não estamos diante de concorrentes maneiras de compreender o direito, mas diante de duas atitudes que só conhecem ou reconhecem a normatividade, e, assim, a própria existência, da lei. Se fossem só essas as alternativas possíveis, o direito seria apenas outro nome para a lei. Mas é possível que a tal redução do direito à lei, promovida pelo pensamento político-filosófico moderno, não tenha consistido apenas em uma alteração do significado do direito, ao propor dele uma compreensão legalista, e antes tenha, na verdade, se apropriado do termo para designar tão-só a lei. A redução do direito à lei não exprimiria, portanto, uma nova compreensão do direito, mas promoveria o seu completo esquecimento. Para que o que assim vai dito seja bem entendido, noutros termos e mais diretamente: é possível que a realidade normativa antes designada direito tenha sido esquecida, e que a sua memória custe a recuperar, porque, afinal, mesmo o seu nome foi usurpado, para designar apenas a lei.

Podemos então ter esquecido do direito, mas nem por isso essa realidade desapareceu do mundo. E, se nisso estivermos certos, as várias compreensões da lei, agora chamada “direito”, continuam, apesar de tudo, a ser apenas... duas compreensões da lei, e esta, já que não conseguimos aceitar que a realidade de uma coisa dependa do nome que lhe venhamos a dar, coexiste ainda com o direito, ou seja, com uma normatividade que não se confunde com a lei. O primeiro grave problema que se nos coloca, portanto, é esse mesmo de se existe um direito autônomo, *diferente* da lei. Se porventura existe, outro problema imediatamente surge, que é o problema da absoluta incompatibilidade entre a filosofia política

moderna e a existência e relevância normativa de um qualquer direito diverso e para além da lei. Problema este que, se o primeiro for resolvido em favor de um direito autônomo e contra os postulados do pensamento político moderno, suscita ainda um outro, que é o da relevância e do papel da juridicidade extralegal na ordem política, ao qual se liga o problema do sentido e dos limites da *praxis* jurídica numa tal ordem. Problemas esses que ficariam por resolver em termos exclusivamente políticos, pois se a filosofia política moderna nem sequer os admite, o pensamento político clássico os desconsidera. Mesmo assim, o enfrentamento argumentativo daqueles problemas começará por uma preliminar apreciação do pensamento político clássico, e será sucedido por uma semelhante análise da filosofia política moderna. E isso por dois motivos: primeiro, para justificar, na medida em que a matéria o admita, a nada óbvia afirmação de que a transição do pensamento filosófico-político clássico para o seu correspondente moderno impediu que se continuasse a postular e admitir a existência e a relevância prático-normativa de uma normatividade supra ou extraestatal diferente da que se encerra numa pura legalidade; segundo, porque, embora a filosofia política clássica desconheça um direito autônomo e tudo queira resolver com a lei, alguns dos seus fundamentais pressupostos e enunciados são, além de verdadeiros, indispensáveis para quem pretenda resolver os problemas do domínio e da relevância do direito em uma ordem política, assim como o conseqüente problema do sentido e dos limites da *praxis* jurídica numa tal ordem.

Uma vez que esteja justificada a hipótese já avançada de que, com a transição para a filosofia política moderna, deixaram de existir as condições de possibilidade para o reconhecimento da existência e da relevância prático-normativa de qualquer ordem normativa supra ou extraestatal, cumprirá verificar se porventura o direito não veio à epifania como uma instância de validade autônoma relativamente à lei, e se não foi precisamente por um empenho da razão prática, para a justa e especializada solução de casos concretos, que isso aconteceu. E embora assim uma tal investigação vá assumir a aparência de um excursus acerca da história do pensamento jurídico, o seu imediato propósito não será o de descobrir como então se pensava, pois aquele nosso olhar para trás será voltado às experiências verdadeiramente jurígenas, para, aproximando-nos dos acontecimentos, lançar luz sobre a realidade do direito, sobre o seu autêntico e muito específico sentido e sobre o que é realmente próprio de uma autônoma

experiência jurídica. A juridicidade que acabará por se descortinar terá então de ser confrontada com o pensamento político moderno, para que fique suficientemente esclarecido que esse pensamento não só é inconciliável com o reconhecimento da relevância normativa de uma qualquer ordem normativa supra ou extraestatal, mas também específica e praticamente incompatível com aquele direito que se revelou onde historicamente a sua emergência aconteceu. Isso é da maior relevância, pois nos obriga a investigar se o direito é ou não, realmente, aquilo que as experiências históricas autenticamente jurígenas revelam acerca dele. Só então estaremos em condições de esboçar uma nossa pessoal compreensão do direito que diga algo acerca do seu específico ser, do seu peculiar modo de advir e do típico saber que mobiliza. Mas embora se trate de um passo importante, não será este, ainda, o objetivo final, pois até aí ninguém encontrará nada de original, senão apenas uma explicação atual, bem ou mal esboçada, de como o direito fora compreendido quando as noções que se tinham dele eram ainda claras e mais aderentes à sua específica realidade – e para isso nos valeremos, decerto, da mais lograda tentativa de explicitar o que é próprio e distintivo do direito, conferindo-lhe autonomia, mas sem descuidar daquela experiência histórica onde, mais do que ideias, encontramos o próprio direito como que se revelando e, na sua diferenciadora emergência, mostrando o que tem de próprio. Só quando assim tivermos alcançado uma nossa própria compreensão do fenómeno jurídico, e uma mais precisa delimitação da sua intencionalidade, estaremos em condições de enfrentar o problema de uma possível articulação entre o político e o jurídico, para uma melhor demarcação de cada um desses domínios e uma mais densificada especificação da tarefa da jurisdição e dos limites que se lhe impõem *no confronto com a política*.

Diante disso, certamente o leitor nos interpelará, com alguma perplexidade, exigindo a abertura de um parêntese para o fim de que venham respostas à seguinte pergunta: se afinal o pensamento jurisprudencialista é o ponto de partida assumido, por que todo esse percurso, num novo esforço de compreender a autonomia e o sentido do direito? A primeira resposta é simples e toma a forma de uma confissão. O jurisprudencialismo acabou por ser o nosso ponto de partida porque chegamos a conclusões em que para nós o pensamento jurisprudencialista se confirmou e, com isso, forneceu o instrumental para que pudéssemos confrontar outras concepções da juridicidade e desafiar problemas que podem estar ainda por resolver. Mas para que

até aí chegássemos com confiança era preciso que uma atração e uma afinidade iniciais superassem algumas inseguranças e dissipassem algumas dúvidas. Era preciso, enfim, trilhar o nosso próprio caminho, para ver se assim chegávamos ao mesmo lugar. E acreditamos que foi isso que ao final aconteceu, pelo menos no que concerne a inúmeros elementos nucleares de uma adequada compreensão da juridicidade. Então se agora, em introdução, podemos colocar o jurisprudencialismo no ponto de partida, foi porque todo caminho que na ordem expositiva vem depois permitiu, antes, uma confirmação de que a afinidade inicial não era à toa e de que, de fato, podíamos nos deixar levar por aquela primeira atração. A segunda resposta tem a ver com a especificidade do nosso problema e com a maneira que encontramos para dele tratar. Uma articulação do jurídico e do político e a demarcação dos mais gerais limites da jurisdição em uma autêntica ordem de direito pressupunha – era pelo menos essa a nossa hipótese – um repensar da política, do domínio do político e do seu específico sentido. Conforme já esclarecemos, a maneira como esse domínio vinha caracterizado e a insuperável tensão em que se colocavam a política e o direito causavam em nós uma certa inquietação que exigia uma explícita tematização e acabou por nos levar de volta à filosofia política clássica, pois nos primeiros encontros que tivemos com o pensamento político-filosófico helênico sentimos aquela mesma irresistível atração que havia nos aproximado do jurisprudencialismo e, a bem da verdade, nos trouxe a Coimbra. Uma vez percorrido todo o caminho que nos levou de Atenas à jurisdição atual, podemos finalmente dizer que também essa segunda atração se confirmou, e por isso o leitor provavelmente perceberá que a presente dissertação é, em síntese, uma tentativa de reconciliação entre a compreensão clássica da política e uma compreensão jurisprudencialista do direito. A terceira razão para o exercício de regressão que se vê nos capítulos subsequentes é de caráter argumentativo: precisávamos tanto nos convencer quanto tentar convencer os nossos eventuais interlocutores de que a política era de fato o que achávamos que era e de que o direito poderia ser de fato explicado como achávamos que poderia. E certamente por deficiências várias não encontramos maneira melhor de realizar essa tarefa do que mostrando a política no seu melhor, que é como os clássicos a viram, e o direito tal como veio a aparecer e vinha compreendido antes da modernidade, especialmente em Roma, mas também na tradição do *common law*. Por fim, uma quarta razão, e também de índole muito pessoal, é que acabamos por nos tornar desconfiados de tudo que é moderno, e em

vez de com isso sermos lançados para frente, fomos puxados para trás. Essa é provavelmente a principal razão pela qual há nas páginas subsequentes tanta história e tanta nostalgia. Acreditamos, honestamente, que quase todas as verdades fundamentais acerca da política e do direito eram já conhecidas antes da modernidade, e que o pensamento moderno soterrou a maioria dessas verdades, obscurecendo realidades que antes eram vistas com mais clareza e lançando no esquecimento um gigantesco acervo de conhecimentos prático-prudenciais pertencentes tanto ao domínio do jurídico quanto ao domínio do político.

Por todas essas circunstâncias, é possível que os nossos interlocutores venham a ter a impressão de já terem antes lido tudo e passado já por todas as ideias e construções que vêm a seguir apresentadas. De todo modo, o caminho que seguimos e que está à frente reconstruído nos fez ver as coisas à nossa maneira e, se não nos enganamos, lançou nova luz sobre algumas questões que nos pareceram importantes. Se é verdade, afinal, que encontramos com o jurisprudencialismo na partida e na chegada, e que também ao longo do percurso fomos todo tempo orientados pelos pensamentos e pelas formulações do nosso *caput scholae*, é verdade também que a apropriação por nós do pensamento político-filosófico clássico nos fez ver certas coisas relativas tanto ao direito quanto à política de um modo um pouco diferente, e que o acesso à juridicidade pela via da história nos distanciou ainda mais da compreensão moderno-iluminista. Não que tenhamos com isso chegado a conclusões de todo diversas. Mas o percurso que escolhemos nos fez acentuar alguns aspectos do fenômeno jurídico que, em nosso entendimento, mereciam um maior destaque (como, por exemplo, o constituir a juridicidade uma ordem de validade espontânea, extraestatal, forjada pela razão prática em abertura para a realidade do justo concreto). Acreditamos, de todo modo, que tudo aquilo que sustentamos relativamente à juridicidade está em substancial continuidade com as aquisições do jurisprudencialismo e, como mencionamos no início, apenas avançam, na melhor das hipóteses, certas ideias que encontramos já à disposição quando chegamos a Coimbra. Além disso, tudo mais que, por nossa própria conta e risco, poventura acrescentaremos ao debate, nesse nosso esforço de continuidade, estava já à disposição na tradição. Nenhuma ideia é, a rigor, inteiramente nova, e o que se verá logo à frente é, portanto, um esforço de recuperação e articulação de ideias velhas com o objetivo de estabelecer bases

firmes para o enfrentamento de um problema do nosso tempo, avançando muito modestamente aquele empreendimento acadêmico que colocamos no nosso ponto de partida e ao qual devemos todos os nossos eventuais acertos, e certamente nenhum dos nossos muitos erros.

Por fim, algumas palavras de encerramento desta já alongada introdução, para desde logo alertar o leitor acerca do que *não* encontrará nesta nossa investigação. Se o percurso escolhido nos deu alguma segurança, por ter conseguido, em nosso entendimento, deixar tudo respaldado pela tradição ou pelas conclusivas contribuições do jurisprudencialismo, acabou, como que numa espécie de efeito colateral, por excluir importantes interlocuções e deixar à margem das nossas considerações muitas relevantes questões atuais. Como voltamo-nos sobretudo ao passado, em busca dos alicerces para o tratamento de um problema atual, deixamos certamente inconsideradas muitas circunstâncias e muitos problemas do nosso tempo. Por termos, além disso, buscado na filosofia política clássica os pressupostos para pensar os problemas atinentes ao domínio do político, acabamos por nos privar dos benefícios que certamente adviriam de um diálogo mais amplo e direto com o pensamento jurídico-constitucional contemporâneo, e assim deixamos certamente de descobrir inúmeras conexões que aí se abririam. Tendo, além disso, dedicado muito tempo e ocupado demasiado espaço com questões de caráter, digamos, pré-metodológico, faltou-nos fôlego e oportunidade para melhor explorar as implicações jurídico-metodológicas das nossas mais gerais ideias concernentes à jurisdição e aos limites que advêm da sua adstrição à intencionalidade do direito. Na tentativa, por fim, de abarcar os grandes momentos, os grandes pensadores e as grandes obras pertinentes a todos os temas que exploramos, não conseguimos nem chegar a eles todos nem trazer o nosso pensamento inteiramente para o presente, com o que nasceu este trabalho já com cara de obra velha. Temos muito presentes essas carências, até porque delas fomos avisados. Mas não houve tempo nem espaço para superá-las. De todo modo, e apesar disso tudo, ainda acreditamos que este trabalho vale por aquilo que é: um registro, logrado ou não, das descobertas de uma limitadíssima alma humana empenhada em abrir-se para a verdade.

UMA ORDEM POLÍTICA NORMATIVAMENTE ABERTA

1. Introdução: o problema da filosofia política moderna, e a razão para um preliminar retorno aos clássicos

A especulação filosófica e a encarnação reveladora do *Logos* abriram ao homem a visão da transcendência num grau de articulação que permitiu a sua participação numa ordem superior, desde a qual se tornou possível julgar a ordem social. Esta experiência da transcendência é um resultado daquilo que com Eric Voegelin designaremos “abertura da alma”, e que doravante significará um evento consistente na abertura humana para a realidade transcendental, com a correlata diferenciação da alma como o *sensorium* da transcendência, e que resulta na descoberta de uma fonte de ordem superior à ordem da sociedade, assim como de uma verdade – a “verdade da alma” – que a partir da sua descoberta vai inevitavelmente posta em crítica oposição à verdade que a sociedade alcançou por meio do simbolismo da sua auto-interpretação – a “verdade da sociedade”³⁹.

Embora pareça apropriado afirmar que essa abertura repetidamente experimentada em progressivos graus de diferenciação marca a história da civilização ocidental, não é menos correto apontar a modernidade como a época desta mesma história em que se opera um fechamento na imanência, com um correspondente banimento da verdade da alma.

Compreendida assim, como uma renúncia deliberada ao plano da transcendência, a modernidade parece não só perdurar até os nossos dias mas inclusive se agravar continuamente com a sempre mais marcada desqualificação de qualquer sinal de abertura como ingenuidade ou fantasia “metafísica” – pois o nosso é, afinal e declaradamente, o tempo do “pensamento pós-metafísico”, do definitivo

³⁹ Eric Voegelin, *The new science of politics: an introduction*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1987, p. 156.

“desencantamento” do homem, e, se nestes termos as coisas de fato se passam, fica mesmo impossível disfarçar a atualidade daquela atitude especificamente moderna. O que num primeiro momento importa, contudo, a esse propósito, é não a questão da atualidade do modo especificamente moderno de pensar, mas o problema relativo aos termos em que aquele fechamento se operou no pensamento politológico da modernidade, e como repercutiu na compreensão da juridicidade desde então prevalecente. Uma tal investigação não exige, a rigor, a extrapolação dos limites do pensamento político-filosófico, porquanto foi este mesmo pensamento o responsável pelo consciente e, pode-se dizer, estratégico enclausuramento do homem em si mesmo ou na imanência das coisas humanas, com o esquecimento de que o homem “está no mundo para além do mundo”⁴⁰.

É evidentemente arriscado tentar assim reduzir todas as complexas e diversas vertentes do pensamento político-filosófico moderno de forma a ver nelas apenas versões mais ou menos conciliáveis de um mesmo projeto. Contudo – e embora também aqui, como no direito, toda generalização seja perigosa –, é possível identificar naquelas várias vertentes uma mesma e unificadora atitude, senão positiva, pelo menos negativamente afirmada por meio da rejeição uníssona e vigorosa da filosofia política clássica e do pensamento filosófico medieval. São provavelmente diversas as razões desta atitude, mas é certo que pelo menos uma das motivações da deliberada ruptura com o pensamento que mais tarde passou a ser chamado simplesmente “pré-moderno” foi a resposta que este dera ao problema político emergente da *tensão* entre a verdade da sociedade e a verdade de uma ordem transcendente⁴¹. Se esta interpretação for correta, poder-se-á com certa segurança afirmar que aquela tensão, ou pelo menos a miríade de conflitos por ela gerados, constitui o específico *problema* da filosofia política moderna. Uma

⁴⁰ Karl Jaspers, *Os mestres da humanidade: Sócrates, Buda, Confúcio, Jesus*, tradução de Jorge Telles Menezes, Coimbra, Almedina, 2003, p. 130.

⁴¹ Convém logo esclarecer que, tal como aqui vai compreendida, a “abertura da alma” não é uma experiência psicológica que *constitui* uma realidade transcendente para além da realidade imanente, nem é o evento responsável pela existência daquela tensão entre a verdade da sociedade e a verdade da alma, vez que esta tensão é parte da estrutura mesma da realidade: “The opening of the soul, indeed, marked an epoch through its advancement from compactness to differentiation of experience, from dimness to clarity of insight; but the tension between a truth of society and a truth of the soul had existed before this epoch, and the new understanding of transcendence could sharpen the consciousness of the tension but not to remove it from the constitution of being... Hence, we must distinguish between the opening of the soul as an epoch in experiential differentiation and the structure of reality which remains unchanged” (Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 157).

preliminar análise da descoberta filosófica daquela tensão e das vias que possibilita constitui, portanto, um passo prévio incontornável para a identificação tentada adiante da índole e do programa da filosofia política da modernidade.

Uma mais ou menos compreensiva apreciação das marcantes atitudes e aquisições da filosofia política clássica não constitui, porém, apenas um necessário passo para uma adequada compreensão da novidade representada pelo pensamento político moderno. Veremos no momento oportuno que, embora ainda não conhecesse o direito na sua autonomia, a filosofia política clássica contribui decisivamente para a compreensão da especificidade de uma ordem de direito em sentido próprio quando, nas antípodas da sua rival moderna, assume a existência de uma ordem supraestatal de validade material e se empenha na difícil tarefa de articular aquela ordem de validade e a sempre resistente realidade política histórica. Em Platão como em Aristóteles, a filosofia política assume de fato a tarefa de descobrir maneiras de arranjar a ordem política histórica de forma a permeá-la na medida circunstancialmente possível às exigências de uma ordem de validade alcançada pela alma humana em abertura para a transcendência. E os regimes políticos que um e o outro acabam por prescrever, sem nenhuma radical solução de continuidade, são arquétipos para uma ordem política histórica aberta àquela superior ordem de validade e maximamente aderente às suas exigências normativas. Temos então no pensamento político clássico não apenas um ilustrativo contraponto, com o vislumbre que proporciona de valiosas aquisições antigas abandonadas pela modernidade. Pois uma bem conduzida incursão na filosofia política clássica é também capaz de nos apresentar todo um complexo de ideias e atitudes que, bem consideradas, fornecerão alguns importantes elementos para uma tentativa de elucidar os pressupostos teóricos e as práticas condições da articulação e da estabilização histórica de uma autêntica ordem de direito.

2. A ordem da alma na abertura para a transcendência: acerca da experiência fundacional da filosofia política

Embora a história do conflito entre a verdade filosófica e a verdade revelada, de um lado, e a verdade da sociedade, de outro, constitua um dos principais enredos da aventura do pensamento ocidental, e esteja documentada das mais variadas

formas, parece-nos apropriado seguir a exposição de Eric Voegelin, pois é dele o mérito de ter melhor explicitado a conexão entre a filosofia política moderna e o problema da tensão entre a “verdade da sociedade” e a “verdade da alma”⁴².

2.1. Platão, o *philosophos* e a *polis*

A descoberta de uma verdade superior à verdade social ou comunitária não forma simplesmente um capítulo da história do pensamento político-filosófico, pois antes marca o próprio nascimento da filosofia política. No ocidente, aquela descoberta de uma verdade capaz de desafiar a verdade representada pela sociedade culminou na fundação da filosofia política⁴³. O princípio desta filosofia, em sua original versão, é o critério metodológico que orienta Platão na investigação dos regimes políticos na *República*. Trata-se do conhecido “princípio antropológico”, segundo o qual a *polis* é o homem escrito em grandes letras, a expressão alargada do tipo humano que a compõe, ou seja, não simplesmente ou apenas um *cosmion* ordenado – um microcosmos ou uma expressão ou representação da ordem do cosmos –, mas também um *macroanthropos* (a ordem da comunidade política reflete o típico modo de ser dos seus cidadãos)⁴⁴. Aos diversos tipos de homens correspondem, portanto, diversos tipos de ordens políticas, regimes ou constituições⁴⁵. O estado da sociedade manifesta o estado da *psyché* individual dos seus membros. É assim que a *República*, começando embora como um diálogo sobre a vida justa, sobre a justiça no indivíduo, pode se tornar uma investigação acerca da ordem e da desordem da sociedade⁴⁶. Às várias desordens da alma humana Platão de fato relaciona os tipos desviados de constituições (a timocracia, a oligarquia, a democracia e a tirania)⁴⁷, da mesma forma como a constituição verdadeira é a expressão alargada da virtude, da alma ordenada, e será por

⁴² Voegelin, *The new science...*, op. cit., caps. II e III, 1.

⁴³ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 60/1.

⁴⁴ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 61/2; cf. Platão, *República*, 368c-d. Estabelece-se nestes termos uma recíproca correspondência entre a *polis* e o *polités*, o cidadão: “Not only the good polis is man written large, but every polis writes large the type of man that is socially dominant in it” (Eric Voegelin, *Plato*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1966, p 70).

⁴⁵ “[H]á tantas formas específicas de constituições, quantas podem ser as de almas” (Platão, *República*, IV, 445c, na tradução de Maria Helena da Rocha Pereira, *A república*, 9ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 2001, p. 207).

⁴⁶ Voegelin, *Plato*, op. cit., pp. 69/70.

⁴⁷ Platão, *República*, VIII, 544c e ss.

consequente uma, embora se a possa designar monarquia, ou realeza, quando um só homem se distinga por virtude, confiando-se-lhe por isso o governo, ou aristocracia, quando mais de um se distingam em excelência, constituindo-se então o regime reto em moldes aristocráticos, por ser o governo entregue àqueles poucos melhores⁴⁸. A tirania é o pior dos regimes porque consiste no governo de uma alma desordenada: o tirano é um escravo de si, adulator dos próprios desejos e prazeres, pobre de verdade, aquele em que a pior parte da alma domina a melhor – o exato oposto, portanto, de um “senhor de si”, aquele cuja melhor parte domina a pior⁴⁹.

O princípio antropológico platônico funciona, portanto, como critério de interpretação da sociedade e como instrumento de crítica social, pois vai vinculado à descoberta de uma verdadeira ordem da *psyché* e expressa o desejo de a ver manifestada na ordem social. Ocorre que essa descoberta é um evento diferenciador num ambiente tomado pelas opiniões, e, por dizer respeito à verdade da existência humana, desafiará as mais fortes convicções e instaurará uma tensão entre a verdade filosófica e as opiniões que permeiam o contexto social, não sendo então de estranhar que o portador daquela nova verdade enfrente uma resistência capaz de se mostrar até mesmo fatal, como no caso de Sócrates. Para Platão, o filósofo é o personagem representativo da alma ordenada por estar a sua própria alma em harmonia com o modelo divino⁵⁰, enquanto o sofista é o protótipo da desordem, estando a sua alma em harmonia com a opinião da sociedade (*doxa*)⁵¹. A *polis* da

⁴⁸ Platão, *República*, IV, 445c-d.

⁴⁹ Vd. Platão, *República*, IV, 431a, e IX, 579d-e.

⁵⁰ “Ora certamente o filósofo, convivendo com o que é divino e ordenado, tornar-se-á divino e ordenado até onde é possível a um ser humano” (Platão, *República*, VI, 500c-d, na tradução de Maria Helena da Rocha Pereira).

⁵¹ “The philosopher is compactly the man who resists the sophist; the man who attempts to develop right order in his soul through resistance to the diseased soul of the sophist; the man who can evoke a paradigm of right social order in the image of his well-ordered soul, in opposition to the disorder of society which reflects the disorder of the sophist’s soul; the man who develops the conceptual instruments for the diagnosis of health and disease in the soul; the man who develops the criteria of right order, relying on the divine measure to which his soul is attuned; the man who, as a consequence, becomes the philosopher in the narrower sense of the thinker who advances propositions concerning right order in the soul and society, claiming for them the objectivity of *episteme*, of science – a claim that is bitterly disputed by the sophist whose soul is attuned to the opinion of society” (Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 69). Os sofistas pregavam, com efeito, o direito dos governantes a governarem para a própria vantagem (Ernest Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, New York, Dover, 1959, p. 91), como é próprio daqueles escravos dos desejos cuja pior parte da alma governa a melhor. A essa Platão opôs uma concepção da justiça como uma qualidade da alma em virtude da qual os homens põem de lado o desejo de experimentar cada prazer e de retirar uma satisfação egoísta de cada objeto e acomodam-se ao desempenho de uma específica função para o benefício geral. O

Ideia é a construção político-filosófica de uma ordem política paradigmática em que encontra expressão o filósofo, ou seja, o personagem humano representativo da verdade da alma⁵². A Atenas que puniu Sócrates era, por sua vez, a expressão alargada de uma alma desordenada. O conflito entre a *polis* e o filósofo ou a ordem que ele representava era, portanto, inevitável⁵³. Mas deixemos para retornar ao problema dessa tensão mais tarde, porquanto cumpre antes indicar, de forma que o contraste com o projeto moderno possa ser esclarecido, como esse programa de uma filosofia política encarregada de estabelecer os *standards* com os quais se vão “medir” as ordens políticas atuais continua com Aristóteles, resultando em uma tentativa de articular a verdade da alma e a realidade política.

2.2. Aristóteles, o *spoudaios* e a *polis*

O personagem aristotélico equivalente ao *philosophos* platônico é o *spoudaios*. Para Platão, a filosofia, no sentido estrito de uma orientação amorosa à divina *sophon*, é aquela específica experiência que abre a alma para a transcendência e revela a verdadeira ordem da alma⁵⁴, formando o caráter do homem e fornecendo o critério para medir e classificar a variedade empírica de tipos humanos, assim como as respectivas ordens sociais nas quais cada um deles

governante não deveria então governar em benefício próprio, mas para o bem comum (Ernest Barker, *Greek political theory: Plato and his predecessors*, London, Methuen, 1947, pp. 170/1).

⁵² A ordem política verdadeira é a ordem traçada pela alma ordenada conforme ao modelo divino: “The polis will be in a eudaimonic state only if its order is traced ‘by painters who use the divine paradigm [theion paradeigma]’ (500e). And that ‘painter’ is the lover of wisdom (*philosophos*) who through his association with divine order (*theios kosmios*) has himself become orderly and divine (*kosmios te kai theios*) in the measure allowed to man (500c-d)” (Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 96). É nesta ordenação da alma humana que Platão descobre, portanto, a relevância política da contemplação: “Quem tem o pensamento voltado para os seres – diz ele –, para os seres que permanecem sempre idênticos e perfeitamente ordenados, não se deixa desviar pelas vãs ocupações dos homens, que enchem a alma de inveja e hostilidade, mas, ao contrário, tende a ‘imitar’ aqueles seres e a ‘fazer-se semelhante a eles quanto possível’. E, fazendo isso, ou seja, ocupando-se com o que é ‘ordenado e divino’, o filósofo torna-se, ele mesmo, ‘quanto possível ordenado e divino’. Conseqüentemente, o filósofo não só transforma a vida privada deste modo, mas, quando fosse necessário para ele ocupar-se da vida pública, tenderia a fazer com que o próprio Estado, quanto possível, se tornasse ordenado e divino, isto é, estruturado segundo a virtude” (Giovanni Reale, “Especificações sobre as características fundamentais do conceito grego de filosofia”, *Sofistas, Sócrates e socráticos menores [História da filosofia grega e romana*, v. II], tradução de Marcelo Perini, São Paulo, Loyola, 2009, pp. 222/3).

⁵³ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 62/3; idem, *Plato*, op. cit., p. 70.

⁵⁴ Pierre Aubenque chama igualmente a atenção para esta abertura ao salientar que a sabedoria, tal como concebida desde Platão, é o reflexo na alma do sábio de uma ordem transcendente que permite medi-la (*La prudence chez Aristote*, 3ª ed., Paris, Quadrige/PUF, 2002, p. 44).

encontra expressão⁵⁵. O *spoudaios* aristotélico é por sua vez o “homem maduro”, o “homem bom” cujo caráter foi formado por um agregado de experiências equivalentes – aquele homem que atualizou maximamente as potencialidades da natureza humana, cujo caráter foi forjado pela habitual atualização das virtudes éticas e dianoéticas, que no auge do seu desenvolvimento é capaz de uma vida contemplativa (*bios theoretikos*)⁵⁶, e que assim atingiu, em suma, a plena estatura humana⁵⁷. Essas experiências correspondentes à orientação filosófica do personagem platônico fazem do *spoudaios*, no expressivo dizer de Pierre Aubenque, o “homem-critério” (*l’homme-critère*) ou “homem-medida” (*l’homme-mesure*)⁵⁸ – não portanto o intérprete de uma qualquer regra ou quem aplica corretamente os princípios, mas a própria regra da ação correta, o “portador vivo da norma” (*le porteur vivant de la norme*)⁵⁹. O *spoudaios* é, contudo, ele mesmo a regra viva, o próprio critério de correção da ação, em virtude da sua prudência (*phrónesis*)⁶⁰. Pierre Aubenque esclarece a este propósito que *phrónimos* é apenas outro nome para o *homme-mesure* de Aristóteles. Salienta, porém, que essa identificação não é casual, mas teve antes uma intenção muito particular. O *spoudaios* vai identificado com o *phrónimos* para marcar aquela específica característica *intelectual* que faz dele o critério de retidão da *praxis*: o homem prudente é a regra e medida da ação *pela retidão do seu juízo*⁶¹, ou, tal como Aristóteles asseverou, por “discernir a verdade em cada classe de coisas, sendo por assim dizer a sua regra e medida”⁶². A prudência é, com efeito, a virtude do *spoudaios*, também chamado *phrónimos* para acentuar que a sua distintiva característica é a excelência do intelecto prático. A *phrónesis* é de fato a virtude da razão prática, e é apenas por tê-la em alto grau que o *spoudaios* pode ser o critério da retidão da *praxis*. Algo há de se dizer, portanto, acerca daquela virtude, para que reste elucidado o motivo em razão do qual

⁵⁵ Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 63.

⁵⁶ Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 64.

⁵⁷ Eric Voegelin, *Order and history*, v. 3, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1957, p. 300.

⁵⁸ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 50.

⁵⁹ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., pp. 40/1.

⁶⁰ René-Antoine Gauthier, *Introdução à moral de Aristóteles*, tradução de Maria José Ribeiro, Portugal, Publicações Europa-América, s/d, p. 59.

⁶¹ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 50.

⁶² Aristóteles, *EN*, III, 4, 1113a29-35.

Aristóteles encontra em um particular personagem a regra e a medida das coisas práticas, sem, contudo, cair no relativismo e sem transigir com a arbitrariedade.

A prudência é definida por Aristóteles como a *disposição racional verdadeira e prática* concernente ao que é bom e mau para o homem⁶³. É a virtude da razão prática, assim como a sabedoria é a virtude da razão teórica. A exemplo desta última, a razão prática tem por objeto a verdade⁶⁴, mas uma verdade *prática*⁶⁵. A veracidade do juízo é também aqui, como na teoria, uma adequação, mas *adequatio* não pura e simplesmente à realidade das coisas tais como são e sim à ação apropriada ao bem do homem. No plano da *praxis*, “verdadeiro será aquele juízo que ordene os atos convenientemente no sentido de um fim bom”⁶⁶. A adequação da ação ao bem do homem é, portanto, a medida da verdade do juízo prático, donde se pode concluir que a verdade prática vai bem definida como adequação do juízo relativo à ação ao bem a cujo logro a ação se ordena – adequação do juízo, noutros termos, à ação adequada ao bem. O *homme-critère* de Aristóteles só conseqüentemente o será por ser *verdadeiro o seu juízo*, ou seja, por ser a sua razão capaz de orientar verdadeiramente a ação ao bem a cujo logro a ação se ordena⁶⁷. O prudente não é senão quem ajuíza bem relativamente à ação ajustada ao bem do homem. O juízo do *phrónimos* é então verdadeiro não por ser o juízo de um prudente: o prudente antes o será por ser habitualmente verdadeiro o seu juízo, e só por isso o personagem aristotélico equivalente ao *philosophos* platônico será apropriadamente considerado a “regra e medida” da ação. Ocorre que a adequação da ação ao bem depende de circunstâncias que variam infinitamente, sendo

⁶³ Aristóteles, *EN*, VI, 5, 1140b4-6 e 1140b29. Pierre Aubenque traduz a formulação aristotélica da prudência por “disposition pratique accompagnée de règle vraie...” (*La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 34), ao passo que David Ross a traduz por “reasoned and true state of capacity...” (*The Nicomachean ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 142/3), Gauthier e Jolif por “état habituel vrai, raisonné...” (*L'éthique a Nicomaque*, t. I, Paris/Louvain, Publications Universitaires de Louvain e Éditions Béatrice-Nauwelaerts, 1958, p. 166), Gadamer por “wahrhaft wissende Grundhaltung im Verhalten” (*Nikomachische Ethik*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998, p.35), María Araújo e Julián Marías por “disposición racional verdadera y práctica...” (*Ética a Nicómaco*, 8ª ed., Madrid, CEPC, 2002, pp. 92/3), e Marcello Zanatta por “disposizione vera, accompagnata da ragionamento...” (*Ética Nicomachea*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2002, p. 399).

⁶⁴ Aristóteles, *EN*, VI, 2, 1139a17 e ss.

⁶⁵ Enrico Berti, *As razões de Aristóteles*, 2ª ed., traduzido por Dion Davi Macedo, São Paulo, Loyola, 2002, pp. 144/5.

⁶⁶ Carlos I. Massini Correias, *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 170.

⁶⁷ Valendo-nos da explicação de Enrico Berti, podemos dizer, com efeito, que a *phrónesis* é concebida por Aristóteles como “a capacidade de deliberar bem, ou seja, de calcular exatamente os meios necessários para alcançar um fim bom” (*As razões de Aristóteles*, op. cit., p. 146).

impossível pré-estabelecer em abstrato ou num qualquer sistema de regras os critérios de veracidade do juízo prático. A adequação de uma específica ação ao bem do homem depende absolutamente das circunstâncias em que o problema prático se apresenta, e assim a regra ou medida da ação reta não pode senão ser um critério vivo – a saber, *alguém* que mergulhado naquelas circunstâncias possa por seus atributos bem ajuizar acerca da ação circunstancialmente apropriada. O prudente é quem discerne a ação apropriada a cada caso, sendo regra e medida da *praxis* por conta desse discernimento – o prudente é critério, portanto, apenas porque, se quisermos saber qual *no caso* a conduta adequada, não haverá outro modo de descobrir senão a recorrendo a quem discerne a verdade nessa classe de coisas⁶⁸. O *phrónimos* aristotélico não se assemelha conseqüentemente em nada ao soberano hobbesiano, cuja vontade ou decisão é *constitutiva* do certo e do errado, do justo e do injusto. O prudente é a quem devemos perguntar acerca dessa classe de coisas porque é ele quem *sabe*, e não por ser ele quem *decide*.

A ênfase na prudência mostra que o *spoudaios* é a “medida” por ser capaz de juízos *verdadeiros* relativamente ao que é bom para o homem. Contudo, o que o torna singularmente capaz de discernir a ação adequada ao bem, a um tal grau que merece ser considerado o *standard* da conduta humana reta, é a abertura para o divino, a experiência da transcendência, ou, como prefere Voegelin, a “permeabilidade ao movimento do ser”⁶⁹. A *phrónesis* é “um conhecimento com a ajuda do qual o homem percebe seu *eu zen*, o modo especificamente humano de

⁶⁸ É assim que se deve compreender a “regra verdadeira”, a *recta ratio* por referência à qual vão definidas não só a prudência como também a virtude moral (David Ross, *Aristotle*, 6ª ed., London, Routledge, 1995, p. 227).

⁶⁹ “O grau de permeabilidade ao movimento do ser determina o lugar dos seres humanos, sendo o mais alto o do *spoudaios*” (Eric Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, edição de texto de David Walsh, tradução de Elpidio Mário Dantas Fonseca, São Paulo, É Realizações, 2009, p. 190). E ainda: “Os trechos que tratam do *spoudaios* mostram claramente que Aristóteles não pode considerar o que é justo por natureza como um direito natural, um conjunto de proposições imutáveis e eternas, porque a verdade de uma ação concreta não pode ser determinada por sua sujeição a um princípio geral, mas apenas pelo questionamento do *spoudaios*. A justificação de uma ação não apela para um princípio imutavelmente correto, mas para a ordem existencialmente justa do homem. O critério de uma existência humana ordenada justamente, entretanto, é sua permeabilidade ao movimento do ser, isto é, a abertura do homem para o divino; a abertura, a seu turno, não é uma proposição acerca de um dado, mas um evento. Em conseqüência, a ética não é um corpo de proposições, mas um acontecimento do ser (*Seinsereignis*) que permite falar de seu apelo à ordem justa do homem” (idem, *ibidem*, pp. 190/1).

permeabilidade para a ordem do cosmos”⁷⁰. Trata-se daquele específico “*locus* onde o movimento do ser no homem se torna realidade e, simultaneamente, se lhe dá uma voz”⁷¹. Uma virtude existencial, em suma, graças à qual “a ordem divina do cosmos atinge sua verdade na esfera humana”⁷².

Por mais controversa que seja uma tal intelectualizada compreensão da prudência⁷³, parecem corroborá-la, ainda que de forma atenuada, uma passagem da *Ética a Eudemo* e uma apropriada análise da prudência no contexto ampliado do pensamento grego tradicional. Giovanni Reale teve o mérito de lembrar que na *Ética a Eudemo* Aristóteles proclama expressamente que a “contemplação de Deus” constitui o “critério de referência” para a vida prática⁷⁴. Pierre Aubenque, por sua vez, salientou a necessidade de inserir a compreensão aristotélica da prudência num quadro mais alargado de referência, porquanto o estagirita teria tomado a *phronesis* emprestada da tradição, e assim valeria relativamente à sabedoria prática aristotélica aquilo que se pode dizer da prudência grega em geral: trata-se antes de mais de uma sabedoria dos *limites*; sua fórmula mais elevada é o célebre “conhece-te a ti mesmo”, que nos convida *não* a procurar em nós mesmos o fundamento de todas as coisas, mas antes nos recorda da nossa finitude, e não significa portanto mais que isto: conhece teu alcance, que é limitado; deves saber que és mortal e não

⁷⁰ “[O] pensamento de Aristóteles é dominado pela experiência do cosmos, em que há diferentes tipos de coisas, entre elas, também os homens. O homem não é o ser mais alto num mundo tornado imanente, em que ele poderia ser considerado no nível acima de todas as coisas do mundo e estar sujeito apenas ao Deus transcendente. Ele é, ao contrário, uma ‘coisa’ acima da qual há coisas visíveis mais elevadas (*phanerotata*) no cosmos, ou seja, as divindades estelares (*Sterngötter*). *Phronesis*, então, se torna um conhecimento com a ajuda do qual o homem percebe seu *eu zen*, o modo especificamente humano de permeabilidade para a ordem do cosmos. À medida que o homem percebe favoravelmente essa permeabilidade em sua existência, ele é um *uphronimos*; ele é um *spoudaios* apenas à medida que mantém o maior posto entre as coisas de sua espécie” (Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., pp. 194/5).

⁷¹ Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., p. 191.

⁷² Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., p. 196. Segundo Voegelin, Aristóteles concorda, no essencial, com a compreensão platônica da *phronesis* como uma virtude proveniente da abertura da alma que informa completamente toda a existência, embora em Aristóteles este caráter existencial da prudência não fique tanto em evidência como em Platão, para quem se trata de uma virtude “ativada no homem quando ele participa na *opsis*, a visão da idéia do bem” (idem, *ibidem*, pp. 191/2).

⁷³ Acerca desse debate, v. Hans-Georg Gadamer, “L’ermeneutica come filosofia pratica”, *La ragione nell’età della scienza*, tradução de A. Fabris, Genova, Il Melangolo, 2007, e Enrico Berti, “Gadamer and the reception of Aristotle’s intellectual virtues”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 56 (2000).

⁷⁴ Giovanni Reale, “Especificações sobre as características fundamentais do conceito grego de filosofia”, op. cit., p. 224; idem, *Aristóteles (História da filosofia grega e romana, v. IV)*, tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perini, São Paulo, Loyola, 2007, p. 113.

um deus⁷⁵. Pois se é certo que a filosofia no sentido grego consiste ela mesma numa ascensão em direção à transcendência, sendo também de Aristóteles o projeto de elevar-se mediante a contemplação a um saber de tipo divino, é também fora de dúvida que a filosofia permite uma participação no eterno e no divino apenas *tanto quanto é possível ao homem* – a separação entre o divino e o “sublunar” é radical, mas a aproximação é possível, e assim deve o homem orientar-se nesta fronteira entre o humano e o divino, pois é esta mesma a sua natureza, a de um ser intermediário, ou, conforme Aubenque, “l’être de la médiation, du détour, de l’approximation”⁷⁶. A prudência aristotélica será, desta forma, e ainda segundo Aubenque, a de um intelectualismo *do juízo* mais que da ciência; intelectualismo *dos limites* e não um racionalismo triunfante – a ética de Aristóteles se constitui, então, “dans la distance qui sépare l’homme de Dieu”⁷⁷. É este o escrúpulo da prudência tradicional, presente também na filosofia prática aristotélica – o *scrupule résiduel* que resta ao filósofo que deseja se elevar em direção ao divino mas descobre a distância entre o homem e Deus e, assim, os limites da filosofia⁷⁸. O reconhecimento, e assim o *conhecimento* dos limites presente na prudência como uma sua constitutiva dimensão, só verdadeiramente aparece ao homem, portanto, *no confronto com a transcendência*, como conseqüência de uma ordenadora abertura da alma. A interpretação proposta por Voegelin parece vir então confirmada por Aubenque, especialmente quando reconhece que a grandeza do homem consiste em prolongar pela prudência a ação de uma *Providence défailante*⁷⁹. Essa abertura que forma o caráter e culmina na excelência da razão prática é uma típica experiência grega. A pretensão a medir-se com o *todo do ser* é uma das características fundamentais da filosofia clássica, e esta intenção ao *todo* aqui coincide com a pergunta pelo *fundamento* – o princípio fundante ou o porquê último que constitui o horizonte de

⁷⁵ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 166. Uma rica e informativa análise desta dimensão tradicional da prudência aristotélica, na sua conexão com a *iurisprudentia* romana, pode ser encontrada num ensaio de Luis Fernando Barzotto em que o autor teve o mérito de mostrar como desde Homero, passando pela religião délfica, pela tragédia, chegando a Heráclito e depois a Aristóteles, a *phronesis* esteve sempre vinculada à noção de uma ordem que transcende ao homem e impõe os seus limites (“Prudência e jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *iurisprudentia* romana a partir de Aristóteles”, *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998 – 1999*, São Leopoldo, UNISINOS, 1999, pp. 163-92).

⁷⁶ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., pp. 169-74.

⁷⁷ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., pp. 175/6.

⁷⁸ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 172.

⁷⁹ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 176.

compreensão de todas as coisas⁸⁰. E é esta abertura para o fundamento o evento que inunda e ordena a alma do *philosophos* platônico e do *spoudaios* aristotélico, fazendo tanto de um quanto do outro a “regra e medida” das coisas humanas.

2.3. Uma parcial conclusão: a abertura da alma e o “princípio teológico”

A filosofia política clássica é não, conseqüentemente, o resultado de um mergulho do homem em si mesmo no sentido imanentista, ou de uma investigação psicológica tendente a explicar o homem na realidade da sua existência imanente, mas da experiência da transcendência proporcionada por uma abertura da alma que culmina na descoberta de uma nova verdade, diversa ou para além da verdade da sociedade, e que assim constitui também uma nova autoridade⁸¹. Segundo Voegelin, a verdadeira ordem da alma pode se tornar o *standard* para medir tanto os tipos humanos quanto a ordem social porque representa a verdade sobre a existência humana “na fronteira da transcendência”⁸². O significado do princípio antropológico requer então uma muito específica e decisiva qualificação só alcançada pela compreensão de que o instrumento de crítica social assim descoberto não é o resultado de uma incursão em um ser imanente ao mundo, mas a aquisição de alguém que encontrou a sua verdadeira natureza ao se deparar com a veracidade da própria relação com Deus. A medida agora encontrada para a crítica da sociedade não é o homem em si mesmo, o homem apenas na sua existência mundana, mas o homem que por meio da diferenciação da sua *psyché* enquanto *sensorium* da transcendência se tornou o representante mesmo da verdade divina⁸³. O princípio antropológico deve então ser suplementado por um segundo princípio – o “princípio teológico” –, expresso por Platão na fórmula “Deus é a medida”, em

⁸⁰ Giovanni Reale, “Especificações sobre as características fundamentais do conceito grego de filosofia”, op. cit., pp. 205-12.

⁸¹ “The discovery of the new truth is not an advancement of psychological knowledge in the immanentist sense; one would rather have to say that the psyche itself is found as a new center in man at which he experiences himself as open toward transcendental reality... These experiences become the source of a new authority” (Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 67). Para um rápido sumário dessas experiências ordenadoras da alma, v. Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 65/6.

⁸² “Through the opening of the soul the philosopher finds himself in a new relation with God; he not only discovers his own psyche as the instrument for experiencing transcendence but at the same time discovers the divinity in its radically nonhuman transcendence. Hence, the differentiation of the psyche is inseparable from a new truth about God. The true order of the soul can become the standard for measuring both human types and types of social order because it represents the truth about human existence on the boarder of transcendence” (Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 67).

⁸³ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 67/8.

oposição à protagórica “o homem é a medida”. A verdade do homem e a verdade de Deus são inseparáveis: o homem estará na verdade da sua existência quando tiver aberto sua *psyché* à verdade de Deus, e a verdade de Deus se tornará manifesta na história quando tiver formado a *psyché* do homem em receptividade para a *unseen measure*. A validade dos *standards* desenvolvidos por Platão e Aristóteles dependem, conclui então Voegelin, da concepção de um homem que pode ser a medida da sociedade *porque Deus é a medida da sua alma*⁸⁴. Vejamos então como a identificação por Aristóteles de um tal homem-medida aberto para a transcendência constitui, como a caracterização do *philosophos* por Platão, a condição mesma da sua filosofia política.

2.4. O melhor regime, os regimes atuais e as oposições emergentes do confronto entre o *standard* crítico e a atualidade política

Não é senão por referência ao homem de alma ordenada que Aristóteles orienta toda a sua especulação politológica, pois também o seu esforço é intencionado à descoberta de um *standard* que em conformidade ao princípio antropológico platônico permita um enfrentamento crítico e praticamente fecundo das variadas realidades políticas. É este o sentido clássico do problema do “melhor regime”⁸⁵. Só um é por natureza absolutamente melhor em todas as partes⁸⁶. Ao *spoudaios* corresponde, de fato, a imagem de uma *spoudaia polis* – a *politeia* governada por “homens bons” na qual todos os cidadãos participam do governo, ou seja, a ordem política virtuosa (*ariste politeia, spoudaia polis*) em que cada cidadão é um *spoudaios*⁸⁷. O tema central da filosofia política de Aristóteles é ainda o do melhor regime ou constituição (*politeia*)⁸⁸, e o *standard* aristotélico é o de uma

⁸⁴ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp 68-70.

⁸⁵ “By the best political order the classical philosopher understood that political order which is best always and everywhere. This does not mean that he conceived of that order as necessarily good for every community, as ‘a perfect solution for all times and for every place’... But it does mean that the goodness of the political order realized anywhere and at any time can be judged only in terms of that political order which is best absolutely” (Leo Strauss, “On classical political philosophy”, *An introduction to political philosophy*, Detroit, Wayne State University Press, 1989, p. 70).

⁸⁶ Aristóteles, *EN*, V, 7, 1135a4-5.

⁸⁷ Aristóteles, *Política*, VII, 13, 1332a32 e ss. (v. Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 421/2).

⁸⁸ “For Aristotle, political philosophy is primarily and ultimately the quest for that political order which is best according to nature everywhere and, we may add, always” (Leo Strauss, *The city and man*, Chicago/London, The University of Chicago Press, s/d, p. 17).

comunidade de homens maduros (*spoudaioi*) – aquela em que a excelência humana é maximamente atualizada⁸⁹, ou, desde outra perspectiva, aquela em que o “homem bom” e o “bom cidadão” (o cidadão bom, a saber, *relativamente ao seu regime*⁹⁰), são o mesmo⁹¹. No confronto com esta “mais verdadeira” constituição, todas as demais são desvios⁹², mas serão tanto melhores quanto mais dela se aproximarem, e é só neste sentido que Aristóteles considerará também verdadeiras aquelas constituições que, embora sejam retas *no confronto com as pervertidas*, não deixam de ser também uma perversão relativamente à “mais verdadeira”⁹³. A rigor, todos os regimes, inclusive aqueles que ainda mereçam o nome de aristocracia por mais se aproximarem do melhor regime, são em maior ou menor medida perversões no confronto com a “mais verdadeira” constituição⁹⁴. A república (ou *politeia* no sentido estrito do termo), que muitos intérpretes de Aristóteles identificam com o seu melhor dentre os regimes praticáveis⁹⁵, é, como veremos mais adiante, apenas uma combinação de características dos dois mais comuns regimes desviados, a

⁸⁹ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 330/1.

⁹⁰ Vd. Aristóteles, *Política*, III, 4, 1276b16 e ss.

⁹¹ Leo Strauss, “What is political philosophy?”, *An introduction to political philosophy*, Detroit, Wayne State University Press, 1989, p. 33. Uma tal ordem política é a única que merece ser propriamente chamada uma “aristocracia”, a saber, a *politeia* cujos membros não são meramente “bons” em relação a um ou outro padrão, ou relativamente às outras várias constituições com os seus parciais critérios de justiça, mas são antes os absolutamente melhores em virtude (*aristoi*) (Aristóteles, *Política*, IV, 7, 1293b1-5). Confira-se a este propósito W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I (*Introduction to The Politics*), Oxford, Clarendon Press, 1887, pp. 234-40.

⁹² Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 345/6.

⁹³ A retidão de regimes que do ponto de vista do mais elevado critério podem ser ainda considerados desvios, por não atenderem plenamente às exigências do *standard*, mas que ainda assim se destacam em excelência no confronto com os regimes decididamente pervertidos, aproximam-se do tipo “mais verdadeiro” de constituição em razão da maior ou menor preponderância nas magistraturas de homens inclinados a preferir o interesse comum ao seu interesse privado, ou a privilegiar o bem comum em detrimento das suas paixões, sendo ademais capazes de discernir em cada situação a coisa nobre ou certa a fazer, fazendo-o efetivamente por ser nobre ou certo e não por outras razões (Leo Strauss, “On classical political philosophy”, p. 68). Para a distinção entre os regimes retos e as perversões “desde o ponto de vista da justiça absoluta”, ou seja, conforme se orientem ao bem comum ou ao interesse particular dos governantes, v. Aristóteles, *Política*, III, 6, 1278b15-1279a21. É por referência a este critério que Aristóteles classifica os regimes ou constituições: a monarquia, a aristocracia e a república (*politeia*, em sentido estrito), são os governos, respectivamente, por um, pelos poucos ou pelos muitos, porém sempre orientados ao bem comum, enquanto a tirania, a oligarquia e a democracia são as perversões correspondentes, em que um, os poucos ou as massas governam em benefício próprio (*Política*, III, 7, 1279a22-1279b10). Para um mais compreensivo quadro dessas diversas constituições e das variações que admitem, pode consultar-se o ensaio escrito a esse propósito por W. L. Newman e publicado prefacialmente à sua reconhecida edição da *Política* (“The constitutions dealt with by Aristotle in the Politics”, *The Politics of Aristotle*, v. IV, Oxford, Clarendon Press, 1902, pp. VII-LXX).

⁹⁴ Aristóteles, *Política*, IV, 8, 1293b23-27.

⁹⁵ Parece ser esta, v. g., a interpretação de Otfried Höffe (*Aristotle*, tradução de Christine Salazar, Albany, State University of New York Press, 2003, pp. 183 e 185).

oligarquia e a democracia – um regime misto que acaba, então, por funcionar como um *standard* de nível inferior resultante da busca especulativa de uma melhor constituição praticável para a maioria das *poleis* e para a grande massa dos homens⁹⁶. Trata-se apenas da mais praticável, em circunstâncias bastante desfavoráveis, dentre as constituições retas e que ainda assim só são retas ou normais por aproximação relativamente ao regime “mais excelente e divino”⁹⁷ – uma aristocracia em sentido próprio (a dos “melhores”) ou uma monarquia entregue a um homem ou família de virtude transcendente, se porventura existisse, mas de qualquer forma um regime orientado à vida mais desejável⁹⁸, porquanto sujeito ao governo de um ou de uns poucos homens tão proeminentes em virtude que poderiam ser considerados como que “deuses entre os homens”, ou, expressando-o em termos que lembram a caracterização aristotélica do *spoudaios*, homens de uma tal excelência que seriam “leis em si mesmos”⁹⁹.

A investigação filosófico-política é orientada, enfim, à identificação de um apropriado *standard* por referência ao qual seja possível abordar criticamente os regimes atuais e as inúmeras realidades políticas, e Aristóteles vai declaradamente procurar este padrão crítico na virtude, sendo explícito quanto à necessidade de *primeiro* determinar qual o modo de vida mais desejável, de forma a só então voltar-se para o problema do melhor regime (*ariste politeia*)¹⁰⁰ – porquanto a felicidade (*eudaimonia*) da *polis* é, afinal, da mesma natureza que a do indivíduo¹⁰¹, e assim

⁹⁶ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 348/9.

⁹⁷ Aristóteles, *Política*, IV, 2, 1289a40.

⁹⁸ W. L. Newman, “The constitutions dealt with by Aristotle in the Politics”, op. cit., pp. VIII/IX; idem, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 290/1 e 298. Aristóteles caracteriza efetivamente a mais verdadeira ou a melhor dentre as constituições retas como o tipo em que há um único homem, ou toda uma família, ou um número de pessoas, excedendo a todos os outros em virtude, mas em que tanto governados quanto governantes são capazes de governar e estes de serem governados de forma a realizar o mais desejável modo de vida. Apenas nessas excepcionais circunstâncias o homem bom e o bom cidadão efetivamente coincidiriam (*Política*, III, 18, 1288a35-39).

⁹⁹ Aristóteles, *Política*, III, 13, 1284a3-14.

¹⁰⁰ Aristóteles, *Política*, VII, 1, 1323a14-16.

¹⁰¹ “É evidente, pois, que a vida preferível será necessariamente a mesma tanto para cada indivíduo em particular, como para as cidades e os homens tomados em comum” (Aristóteles, *Política*, VII, 3, 1325b30-32, na tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, em *Política*, Vega, Lisboa, 1998, p. 493), e uma tal vida, para o indivíduo como para o Estado, é uma vida de virtude provida dos meios externos ajustados às exigências da ação virtuosa (Aristóteles, *Política*, VII, 1, 1323b38-1324a1). A propósito da “felicidade” (*eudaimonia*), melhor caracterizada como “a melhor vida possível”, porquanto verdadeiramente inclusiva de tudo aquilo que é valioso em si mesmo, com preferência para os bens da alma e sua excelência, ou seja, a virtude, v. J. L. Ackrill, “Aristotle on

quem considerar feliz o indivíduo virtuoso considerará a *polis* tanto mais feliz quanto mais virtuosa¹⁰². A filosofia política aristotélica permanece, então, fiel ao princípio antropológico platônico¹⁰³. A comunidade política é o campo para a atualização da natureza humana, e assim tem em vista a virtude¹⁰⁴ – a *perfeição* do homem, conforme à sua natureza¹⁰⁵. O melhor regime será, portanto, aquela específica ordem política que permita aos homens um mais pleno desenvolvimento e uma vida feliz¹⁰⁶, e assim, se a felicidade consiste na participação na virtude¹⁰⁷, ou na prática perfeita da virtude¹⁰⁸, a investigação da virtude mais verdadeiramente constitutiva da felicidade terá de preceder a caracterização do melhor regime¹⁰⁹. A virtude, nestes termos considerada, permite a identificação de critérios com os quais passa a ser possível a crítica das realidades políticas desde o ponto de vista da viabilização que proporcionam à atualização da natureza humana¹¹⁰. A excelência personificada pelo *spoudaios* se torna o *standard* crítico da filosofia política, e por referência a esse *standard* passa a ser possível distinguir o homem bom do bom cidadão, o melhor regime dos atuais, e bem assim os retos e desviados dentre os atuais (conforme

Eudaimonia”, *Essays on Aristotle’s ethichs*, Amélie Oksenberg Rorty (ed.), Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1980, *passim*. Para aquela notada relação entre a felicidade do indivíduo e a da *polis*, qualificada por uma apreciação do problema amplamente discutido da eventual relação de precedência entre a vida contemplativa e a vida ativa, e com resultados semelhantes ao alcançado por Ackrill, porquanto a felicidade vai caracterizada como uma *many-sided life*, v. W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 298-309.

¹⁰² Aristóteles, *Política*, VII, 2, 1324a5-13.

¹⁰³ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 312/3.

¹⁰⁴ A *polis* não é apenas uma comunidade de território cujo fim seja o de evitar a injustiça mútua e facilitar o intercâmbio; o seu fim não é a vida simplesmente mas a vida boa, e por isso qualquer *polis* que seja verdadeiramente uma *polis*, diz Aristóteles, deve se devotar ao fim de encorajar a virtude (*Política*, III, 9, 1280b30 e ss.).

¹⁰⁵ Diferentemente do que ocorre com a filosofia política moderna, aqui o critério não é uma qualquer natureza humana, mas a *perfeição* da natureza humana ou virtude, e a indagação filosófica política vai assim orientada não por uma identificação empiricamente obtida do modo como o homem *está* (ato), e sim por uma diversamente alcançada compreensão de como ele *pode ser* (potência) (Leo Strauss, *Natural right and history*, Chicago/London, The University of Chicago Press, s/d, pp. 145/6).

¹⁰⁶ Aristóteles, *Política*, VII, 2, 1324a23-25.

¹⁰⁷ Aristóteles, *Política*, VII, 1, 1323b21-23.

¹⁰⁸ Aristóteles, *Política*, VII, 8, 1328a37-38.

¹⁰⁹ O princípio do melhor regime, diz Aristóteles, exige que a felicidade vá de mão com a virtude (*Política*, VII, 9, 1328b34-36, 1329a21-23). Uma especulação acerca das virtudes constitutivas da felicidade deve, portanto, preceder a consideração do melhor regime: “Uma vez que pretendemos saber qual o melhor regime, e como o melhor regime não é senão aquele pelo qual a cidade está melhor governada (entendendo por cidade melhor governada aquela em que o regime promove a felicidade no maior grau possível) é óbvio que não nos deve escapar o que deve ser a felicidade” (Aristóteles, *Política*, VII, 13, 1332a3-7, na tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, op. cit., p. 529).

¹¹⁰ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 86/7.

sejam orientados ao bem comum ou ao interesse da parte governante), ou noutros termos aqueles que incorporam um critério absoluto de justiça daqueles cujo critério de justiça é unilateral e parcial, porquanto baseado em apenas uma das diversas pretensões legítimas à participação no governo da *polis*. A partir dessas diversas distinções, Aristóteles diferenciará as leis boas e justas das más e injustas, conforme concordem com as constituições retas ou com as respectivas perversões¹¹¹.

2.5. O problema político emergente da tensão entre a verdade da alma e a realidade política histórica

Essas oposições que acabamos de encontrar na filosofia política aristoélica são representativas dos pólos de uma tensão. A identificação do *telos* ou do bem da *polis* e do homem, e deste modo do *telos* ou do bem do melhor homem e do melhor regime¹¹², permite ver nas ordens políticas atuais uma miríade de diversos campos em que o *telos* ou o bem do homem pode se realizar ou não, ou se realizar mais ou menos plenamente, resultando desta perspectiva um critério a partir do qual os diversos regimes e as suas leis podem ser julgados. Ter-se-ão, a partir daí, de um lado um *standard* crítico, alcançado pela abertura experimentada na especulação filosófica, e de outro todo o conjunto das realidades políticas, às quais o filósofo poderá dirigir-se criticamente munido já agora de uma “medida”. Este confronto entre o *standard* e os regimes políticos atuais revela a existência daquela tensão a que aludimos. Abrem-se a partir daí algumas diversas possibilidades: pode-se rejeitar a relevância prática da aquisição, deixando-a à parte como uma espécie de “ideal” irrealizável e, por isso, irrelevante, assim como é possível tentar trazer o “ideal” à atualidade, conformando a realidade até que se ajuste integralmente ao *standard*, restando ainda, contudo, uma terceira via, consistente em manter o “ideal” à vista, como uma espécie de critério orientador, sem contudo pretender que a sua realização se complete inteiramente alguma vez, em razão precisamente do elevado padrão alcançado pela especulação, e da improbabilidade de se encontrarem reunidas as condições necessárias à implantação do melhor regime. As duas primeiras alternativas tendem a eliminar a tensão. Ocorre que, uma vez descoberta,

¹¹¹ Aristóteles, *Política*, III, 11, 1282b11-13.

¹¹² Para além de todas as referências já indicadas, confira-se ainda Aristóteles, *Política*, VII, 14, 1333b37, e VII, 15, 1334a11-13, onde o *telos* e assim o bem do indivíduo e da comunidade política vão claramente identificados.

a verdade da alma não pode ser esquecida, mas apenas reprimida pela violência ou ocultada mediante uma negação da estrutura tencional da realidade. E a sua integral atualização não é realmente viável. Sócrates e Aristóteles sabiam disso. Platão, se o desconhecia, acabou certamente por também aceitar o caráter essencialmente tencional das relações entre a realidade da ideia e a resistente realidade histórica¹¹³. Cumpre então ver como uma articulação entre esses pólos vai já proposta pelos próprios descobridores do problema prático emergente dessa tensão entre a verdade da alma e a ordem política histórica.

3. A prática articulação entre a verdade da alma e a resistente realidade política histórica

A realista e resignada postura dos fundadores da especulação filosófico-política é de uma moderada atitude que a filosofia política moderna viria a abandonar. Sócrates considera a si mesmo um presente de Deus à cidade. Sabe que a sua autoridade de filósofo é a de um portador da verdade, cuja missão é apenas a de tentar persuadir quem o queira de que o melhor para si é o cuidado com a virtude, mas a quem nada recomenda que se dedique à política, pois neste caso a morte chegaria cedo. A tensão entre a verdade da alma e a verdade da sociedade não pode ser praticamente eliminada, e o discurso de Sócrates o ilustra adequadamente quando aceita a condenação da cidade mas, com a autoridade do filósofo, condena os seus acusadores *pela verdade* à perversidade e à injustiça¹¹⁴. Um dos mais notáveis contributos de Platão e Aristóteles foi precisamente a tentativa que empreenderam de articular, cada um a seu modo, a verdade da alma e a resistente realidade política histórica, num tremendo esforço do espírito para viabilizar uma suficiente infusão da verdade nos regimes políticos atuais, sem, contudo, esperar um dia a supressão daquela tensão a que nos vimos referindo. Pode-se porventura afirmar que o mais grandioso legado daquele esforço foi todo um conjunto de irrenunciáveis ideias ou pressupostos, por sua invulgar capacidade de estabelecer as bases sobre as quais se torna praticamente possível uma ordem

¹¹³ Relativamente a Platão, a tensão não é entre o ideal e o real, pois o melhor regime platônico não é um ideal contraposto ao real. A Ideia é a própria realidade. O melhor regime é o regime *verdadeiro*. O projeto de um segundo melhor regime, ao qual voltaremos, traduz então um “compromisso com a realidade” apenas se compreendido como um compromisso concernente ao grau em que a Ideia pode ser incorporada à realidade histórica da sociedade (Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 218).

¹¹⁴ Platão, *Apologia de Sócrates*, respectivamente 29d-31d, 39b.

humana imperfeita mas aberta para a transcendência. Um tal conjunto de aquisições permanentes aparece claramente na especulação de Platão e Aristóteles, embora só verdadeiramente se revelem quando um e o outro se encarregam de enfrentar a resistência da realidade política histórica, numa atitude que resultará nas suas respectivas construções de um segundo melhor ou mais praticável regime político.

3.1. A constituição verdadeira, a atualidade política e o “segundo melhor” regime na transição platônica da *República* às *Leis*

Platão reconhece a impossibilidade de uma plena atualização do regime do rei-filósofo na transição da *República* às *Leis*, com a afirmação, que a acompanha, da superioridade prática, nas circunstâncias históricas, de um governo de leis sobre um governo de homens. O regime da *República* é de fato uma “ideocracia”, o governo da razão pelo filósofo¹¹⁵. Se o filósofo deve governar, é por conhecer a Ideia do Bem, e assim o propósito de todo ser e de todo fazer¹¹⁶. Um específico *conhecimento* é portanto, e desde sempre, o critério que distingue o verdadeiro estadista platônico. A lei que se lhe queira opor aparecerá então não apenas como um artifício desnecessário e impertinente mas também como um inconveniente e prejudicial limite ou entrave à livre atuação do conhecimento. Na constituição verdadeira, não podem os intransigentes e inflexíveis limites da lei serem opostos à ciência política do governante, porquanto o conhecimento de que é o portador será, como continuará Platão a sustentar mais tarde, o verdadeiro soberano¹¹⁷. Ocorre que a *polis* da *República* é para deuses ou filhos de deuses, ou para homens em cujas almas a própria ordem divina pudesse ser porventura realizada. Uma tal ordem política só poderia efetivamente penetrar a realidade histórica na hipótese de encontrar uma comunidade ou pelo menos um suficiente número de almas integralmente penetradas pelo *nomos*, ou seja, uma comunidade ou grupo de homens transformados cada um deles em autêntico *nomos empsychos*¹¹⁸, uma “lei vivente” capaz de transpor a realidade da Ideia para a realidade histórica. Surge então o problema da incorporação da Ideia quando o material humano não é tão

¹¹⁵ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 164/5.

¹¹⁶ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 110/1.

¹¹⁷ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 166/7.

¹¹⁸ Vd. Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 233.

propício à plena atualização do regime verdadeiro. Eis a temática que aparece no *Político* e nas *Leis*, os dois diálogos políticos posteriores à *República* que traduzem não uma evolução do pensamento político-filosófico platônico, mas, diversamente, a preocupação do filósofo com a questão prática da infusão da verdade numa realidade histórica resistente. É destes dois diálogos, e depois da *Política* de Aristóteles, que devemos nos ocupar se quisermos identificar os mais relevantes e permanentes contributos da especulação político-filosófica grega e a particular ruptura que contrasta a filosofia política da antiguidade e a filosofia política moderna.

3.1.a) O *Político*

Nem no *Político* nem mais tarde nas *Leis* Platão abandonou a *polis* da Ideia, mas apenas a esperança – se porventura existiu – da sua plena incorporação a uma comunidade política histórica¹¹⁹. A *polis* da *República* permanece a única verdadeira. Mas a realidade da Ideia pode ser mais ou menos incorporada pela *polis* histórica conforme a resistência seja maior ou menor. O que aparece então no *Político* e que vai constituir depois a tarefa central das *Leis* é o esboço de um segundo melhor regime que viabilize pelo menos uma moderada aproximação entre o regime verdadeiro e os regimes atuais. Se o plano deste segundo melhor regime denuncia um “compromisso com a realidade”, trata-se de um compromisso concernente ao grau de intensidade e pureza em que a Ideia pode ser incorporada a um material resistente. Como Platão já não acredita que a matéria humana disponível possa assimilar inteiramente a realidade da Ideia, a concepção de modelos inferiores se justifica para mostrar como uma certa infusão da verdade pode ainda ser tentada. Se o material humano fosse plenamente ajustado, a realidade da Ideia poderia incorporar-se no grau imaginado na *República*. Não sendo assim tão ajustado, talvez fosse ainda possível a incorporação permitida pelo modelo das *Leis*. Para circunstâncias ainda piores, Platão chega a admitir soluções capazes de viabilizar um terceiro e um quarto graus de incorporação¹²⁰. Na transição de que falávamos

¹¹⁹ Nesse sentido, Barker, *Greek political theory...*, op. cit., pp. 340/1.

¹²⁰ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 218.

não se operou, portanto, uma evolução de um melhor regime para outro. O que vemos são apenas distintos projetos para distintos tipos de homens¹²¹.

O *Político* não revisa, com efeito, a *República*, embora proponha uma nova questão. O problema agora será o da resistência da realidade histórica à penetração da Ideia¹²². No seu enfrentamento, vai sempre reafirmada a noção central da filosofia política platônica: o que caracteriza existencialmente o governante é um específico conhecimento – o *logos basilikos*, aquela ciência que constitui o verdadeiro estadista, quer de fato governe ou não¹²³. Considerar-se-á então verdadeira (*orthos*) apenas a *polis* governada com sabedoria e justiça por um tal governante¹²⁴. Mas como um homem dotado de tanta ciência é raro, o regime verdadeiro ou correto só será possível na forma de um governo de um ou dois homens, ou quando muito de alguns, “se é que esta forma correta possa realizar-se”¹²⁵. Conquanto difícil ou mesmo impossível se mostre a sua integral realização, somente uma constituição que confie o governo ao verdadeiro estadista poderá ser considerada verdadeira: as demais constituições, e mesmo as melhores dentre elas, não passam de imitações. A classificação dos regimes apresentada no *Político* coloca a constituição verdadeira, portanto, totalmente à parte das demais. E nela, por ser a condução da comunidade entregue a uma “lei vivente”, não convém limitar o governo à observância das leis. As leis, afinal, jamais seriam capazes de estabelecer, ao mesmo tempo, o melhor e o mais justo para todos e em todos os casos. Platão já sabia e expressamente afirma que a infinita diversidade existente entre os homens e as ações, e, por assim dizer, a permanente instabilidade das coisas humanas, não admitem em nenhuma arte, nem em assunto algum, um absoluto que valha para todos os casos e para todos os tempos. Contudo, é precisamente este absoluto o que procura a lei, “semelhantemente a um homem obstinado e ignorante”, por desprezar ou desconhecer que é impossível, ao que permanece sempre absoluto,

¹²¹ “[T]he *Republic* and the *Laws*, while they both provide legal institutions for a political society, provide them for two different types of men; the differentiation of rank as the ‘best’ and the ‘second best’ is determined by the quality of the men whom Plato envisages as the vessel of the Idea” (Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 222).

¹²² Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 158.

¹²³ “[S]ó merecem, realmente, o título de rei os que possuem a ciência real, quer reinem ou não...” (Platão, *Político*, 292e-293a, na tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa, *Diálogos [O banquete, Fédon, Sofista, Político]*, São Paulo, Abril, 1972, p. 249).

¹²⁴ Platão, *Político*, 293c-e. V., a este propósito Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 160.

¹²⁵ Platão, *Político*, 293a., 293e, 294a-c, 297a, 301a-c e 302c-303b.

adaptar-se ao que nunca é absoluto. O governante verdadeiro pode, diversamente, por sua prudência, distribuir em todas as ocasiões, e a todos os cidadãos, uma justiça perfeita penetrada de razão e ciência, sendo justamente por isso que somente por sua intervenção poderia realizar-se a constituição verdadeira. Não há então essencial descontinuidade entre a *República* e o *Político*, mas neste posterior diálogo Platão perguntará se é sensato esperar a realização do regime verdadeiro. E a resposta é decisiva para avaliar o aporte político do pensamento clássico.

Logo ao encerrar a apologia do governo do verdadeiro estadista, Platão reconhece que a massa dos ricos ou do povo jamais se apropriará da sua ciência de sorte a se tornar capaz de administrar a *polis* com inteligência. Ademais, é inacreditável para o vulgo que um tal governante possa existir. A massa dos homens sente aversão a quem pretenda governar alegando um transcendente conhecimento, pois se recusa a acreditar que alguém possa jamais ser suficientemente digno para governar com virtude e ciência, distribuindo imparcialmente a todos e em todas as ocasiões justiça e equidade¹²⁶. E mesmo que a crença em sua existência de fato se afirmasse, o povo seria provavelmente incapaz de distinguir o portador do *logos basilikos* e a sua *mimesis*, ou seja, o tirano¹²⁷. Já que a *polis* não se assemelha então a uma colméia, não produzindo portanto reis naturalmente reconhecidos por sua excelência, se torna *necessário* que os homens legissem seguindo os traços da verdadeira constituição. A ordem verdadeira não pode ser plenamente realizada, sendo o homem como é, mas é possível uma aproximação. As demais constituições não passam de *mimesis* da constituição verdadeira, e podem ser adequadamente distinguidas conforme reproduzam os seus belos traços ou os desfigurem ignominiosamente. E é por meio da lei que a aproximação recomendada por Platão se opera: não havendo senão uma única verdadeira constituição, as demais devem nela procurar o modelo para as suas leis. Se a lei é um inconveniente na medida em que se assemelha a um homem obstinado e ignorante, é verdade também que o desprezo por seus limites normalmente acarreta males ainda maiores, pois há sempre o risco de um ocasional governante desprovido da excelência do verdadeiro se dispor contra a lei com vistas

¹²⁶ Platão, *Político*, 297b-c, 300e e 301c-d.

¹²⁷ Cf. Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 163.

a uma qualquer vantagem ou à satisfação de um capricho pessoal¹²⁸. Convém portanto estabelecer boas leis e sujeitar todos indistintamente ao seu governo¹²⁹.

A conciliação proposta por Platão no *Político* aponta nestes termos para a consagração de uma particular espécie de *rule of law*. Se o governante puder afastar a lei, haverá sempre o risco de exercer o poder que detém para sua própria vantagem, em detrimento do bem comum, tornando-se assim um tirano. Mas estará também sempre presente o risco de os poucos ou muitos governantes resolverem agir contra as leis com a confiança de assim procederem como o estadista verdadeiro, com uma enorme probabilidade, porém, de errarem por ignorância, nesta sua tentada imitação da verdade, porquanto, se há uma autêntica ciência política, é certo que a massa dos ricos ou do povo jamais se apropriará dela. É necessário, pois, que os diversos simulacros de constituições, para imitarem o mais perfeitamente a constituição verdadeira, procurem, uma vez estabelecidas as suas leis, jamais operar à revelia delas e dos costumes¹³⁰. É assim que Platão vê justificada uma divisão das constituições imperfeitas em dois grandes grupos, conforme o único governante, ou os poucos ou muitos que governam, estejam ou

¹²⁸ Platão, *Político*, 293e, 297c, 297d, 297e-300a e 301e.

¹²⁹ Acerca da prática necessidade e conveniência das leis, tal como reconhecida por Platão no *Político*, é de excepcional valor a síntese oferecida por Leo Strauss: "Rule of law is inferior to the rule of living intelligence because laws, owing to their generality, cannot determine wisely what is right and proper in all circumstances given the infinite variety of circumstances: only the wise man on the spot could correctly decide what is right and proper in the circumstances. Nevertheless laws are necessary. The few wise men cannot sit beside each of the many unwise men and tell him exactly what it is becoming for him to do... All laws, written or unwritten, are poor substitutes but indispensable substitutes for the individual rulings by wise men. They are crude rules of thumb which are sufficient for the large majority of cases: they treat human beings as if they were members of a herd... But the main objection to laws is not that they are not susceptible of being individualized but that they are assumed to be binding on the wise man, on the man possessing the kingly art. Yet even this objection is not entirely valid. As the stranger explains through images, the wise man is subjected to the laws, whose justice is inferior to his, because the unwise men cannot help distrusting the wise man, and this distrust is not entirely indefensible given the fact that they cannot understand him. They cannot believe that a wise man who would deserve to rule as a true king without laws would be willing and able to rule over them. The ultimate reason for their unbelief is the fact that no human being has that manifest superiority, in the first place regarding the body and then regarding the soul, which would induce everybody to submit to his rule without any hesitation and without any reserve. The unwise men cannot help making themselves the judges of the wise man. No wonder then that the wise men are unwilling to rule over them. The unwise men must even demand of the wise man that he regard the law as simply authoritative, *i.e.*, that he not even doubt that the established laws are perfectly just and wise; if he fails to do so, he will become guilty of corrupting the young, a capital offense; they must forbid free inquiry regarding the most important subjects. All these implications of the rule of laws must be accepted, since the only feasible alternative is the lawless rule of selfish men..." ("Plato", *History of political philosophy*, 3ª ed., Leo Strauss & Joseph Cropsey [ed.], Chicago/London, The University of Chicago Press, 1987, pp. 74/5).

¹³⁰ Platão, *Político*, 300d-301a.

não subordinados à lei. À parte da constituição verdadeira teremos então, de um lado, uma monarquia constitucional, uma aristocracia ou uma democracia constitucional ou moderada, quando um, os ricos ou o povo governem em respeito à lei e aos costumes; e, de outro, uma tirania, uma oligarquia ou uma democracia radical quando um, os ricos ou o povo governem libertos da lei. Afastada a esperança em uma plena realização da constituição verdadeira, e aceitas, como inevitáveis, as demais, a conformidade ou não à lei constitui, no *Político*, o critério de distinção entre os regimes que se aproximam e os que definitivamente se afastam do ideal. Dentre as constituições imperfeitas há, portanto, aquelas que se assemelham à verdadeira e as que dela se distanciam, sendo possível ademais estabelecer uma hierarquia entre todas. A melhor dentre as imperfeitas é a monarquia constitucional, o governo de um só submetido à lei, e a pior é a tirania, uma versão da monarquia em que o governante se vê livre de toda sujeição às leis. Mas mesmo a monarquia constitucional é apenas a melhor dentre as imitações. A constituição verdadeira vai mantida à parte porque a distância das demais é como a que há entre Deus e a humanidade¹³¹.

As leis às quais Platão quer ver os diversos regimes sujeitos de forma a se assemelharem maximamente à constituição verdadeira não são, contudo, quaisquer leis, ou leis qualificáveis apenas por certos atributos formais. O melhor regime é ainda a monarquia absoluta do conhecimento perfeito livre de restrições legais¹³², e as demais constituições não passam de *mimesis* da constituição verdadeira. Essas demais constituições pertencem, contudo, a uma de duas categorias, conforme imitem a constituição verdadeira por meio da adoção de leis que incorporem a ciência real do governante verdadeiro, ou, diversamente, conforme instituem um governo autorizado a desprezar ou alterar as leis quando considerar conveniente¹³³. Resultam então dois pares de regimes imperfeitos: aqueles em que a lei governa e aqueles em que o governante fica livre de impedimentos legais. Os primeiros são regimes legítimos porque incorporam, ainda que de forma imperfeita, algo do conhecimento de um governante verdadeiro. Os segundos são ilegítimos porque, a pretexto de conferirem aos governantes o poder que seria de fato conveniente deixar

¹³¹ Platão, *Político*, 301a-c e 302c-303b.

¹³² Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 174/5.

¹³³ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 162.

ao portador do *logos basilikos*, acabam por entregar a soberania aos ignorantes, e neste caso já nem mesmo por meio da lei o conhecimento poderia penetrar a realidade política. Há, portanto, uma diversidade de regimes imperfeitos, mas alguns são uma imagem mais ou menos fidedigna da ordem, e outros da desordem.

Não sendo então possível a abolição do caráter mimético dos regimes atuais, tudo o que se pode fazer, nas palavras de Voegelin, “is to inject as much of ‘true’ reality as possible into the actual *polis*”¹³⁴. E as leis são a via desta praticável introdução da verdade na realidade política histórica. Não, porém, quaisquer leis. A aproximação que torna um regime imperfeito legítimo só se opera por meio de boas leis, ou seja, de leis que efetivamente reproduzam os melhores traços da constituição verdadeira. Platão é claro quanto a essa particularidade das leis: tais *nomoi* são imitações da verdade executadas o mais perfeitamente possível, sob a inspiração daqueles que sabem¹³⁵. As leis capazes de aproximar as ordens atuais da constituição verdadeira seriam, por conseguinte, aquelas que efetivamente incorporassem, apesar da rigidez, o conhecimento do verdadeiro estadista, ou seja, que pudessem vir consideradas uma expressão geral do *logos basilikos*.

Fica assim claro que já no *Político* Platão não acredita na viabilidade de um governo do rei-filósofo, e assim vai à alternativa: para constituir-se adequadamente, uma ordem política deveria encomendar as suas leis ao filósofo. Se, com efeito, não é possível a livre atuação da razão, que ao menos a razão seja posta a governar com a rigidez da lei, porquanto a outra solução seria uma muitíssimo menos conveniente atuação errática do capricho e das paixões¹³⁶. Embora imperfeitos, os regimes legítimos são ainda governados, então, pela sabedoria, com a ressalva de que se tratará já agora de uma rígida sabedoria legal. Como explica Ernest Barker, o que distingue os *law-states* dos *caprice-states* é que os primeiros são dirigidos por um conhecimento *incorporado em suas leis*. Temos então, de um lado, o regime do conhecimento perfeito inteiramente livre para atuar conforme às exigências das circunstâncias, e de outro os regimes imperfeitos, sendo alguns legítimos, por se constituírem na forma de estados de conhecimento imperfeito incorporado nas leis, e

¹³⁴ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 163.

¹³⁵ Platão, *Político*, 293e e 300c.

¹³⁶ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., p. 170.

outros ilegítimos, governados pela ignorância, por se recusarem a observar mesmo o imperfeito e rígido conhecimento porventura suscetível de incorporação num bem elaborado corpo legal¹³⁷. O que portanto aproxima um regime imperfeito da constituição verdadeira é a soberania da lei verdadeira¹³⁸. Se aqui temos já a prescrição de um certo *rule of law*, é então fundamental ter presente que a lei cujo governo é recomendado não é uma lei qualquer, ou uma lei qualificada por certas propriedades meramente formais: a lei deve ser a expressão de um saber, e assim o governo das leis consagrado por Platão é uma forma de *rule of reason* – a soberania de um certo conhecimento, ainda que de um conhecimento rígido ou rigidamente incorporado na lei, e como tal imperfeito¹³⁹.

A soberania das leis é então o corolário da descrença de Platão na viabilidade do governo do filósofo. Mas nada autoriza ver no *Político* uma defesa do tipo de despotismo legal que a modernidade vai consagrar. A lei que legitima o regime não é o produto da vontade ou da decisão de um soberano onipotente, nem é ela constitutiva do justo e do injusto, mas antes a expressão normativa geral de uma ordem supraestatal de validade material. A lei prescrita por Platão é ela mesma a soberana, e um produto ademais da experiência e da sabedoria, ou uma imagem ou *mimesis* da sabedoria. A *polis* que se coloque sob a soberania de uma tal lei será a cópia mais aproximada possível da *polis* ideal, o que é o mesmo que dizer que a soberania desta qualificadíssima lei é a máxima aproximação do governo do conhecimento verdadeiro¹⁴⁰. Aqui é ainda impossível, portanto, afirmar como Hobbes que é a autoridade e não a verdade que faz as leis. E tanto é assim que no seu último diálogo Platão concentra todos os esforços no esboço de um código legal completo o mais conforme à verdade e maximamente atualizável.

3.1.b) As Leis

Nas *Leis*, Platão é representado pelo estrangeiro ateniense. O escopo do diálogo é revelado por uma intervenção de Clínias, o interlocutor do estrangeiro

¹³⁷ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 174/5.

¹³⁸ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 158.

¹³⁹ Vd, ainda, Leo Strauss, "Plato", *History of political philosophy*, op. cit., p. 76.

¹⁴⁰ Barker, *Greek political theory...*, op. cit., pp. 331-3.

encarregado com outros nove da fundação de uma colônia de Creta, promulgando as leis mais adequadas. Como forma de se instruir a respeito da melhor maneira de se desincumbir desta tarefa, Clíncias propõe que se empenhem em edificar, pela força dos argumentos, toda a estrutura de uma *polis* imaginária, como se a estivessem construindo desde a fundação¹⁴¹. O estrangeiro será o legislador desta comunidade política imaginária. Resta então saber o que propõe, pois é assim que derradeiramente se revela a proposta de Platão para a política.

Se no *Político* Platão já reconhece a impossibilidade ou pelo menos a improbabilidade de uma plena atualização da constituição verdadeira, nas *Leis* vai claramente assumida a tarefa de delinear os traços de um ideal de segundo nível adaptável às circunstâncias¹⁴². A constituição verdadeira permanece, contudo, a mesma, além de ser o *standard* por referência ao qual a tarefa das *Leis* será cumprida. O estrangeiro é expresso ao reconhecer no curso do diálogo que uma *polis* concebida nos termos da *República* é para deuses ou filhos de deuses. A constituição do diálogo anterior é ainda a melhor no que respeita à excelência, mas, sendo inadapável às características de um ser decaído como é o homem, não pode ser realizada sem mais e sem graves inconvenientes. Trata-se então de procurar uma constituição que se assemelhe maximamente à melhor, pois uma tal constituição, se viesse à existência, seria muito próxima da imortalidade e viria em segundo lugar do ponto de vista do mérito¹⁴³. O *standard* é assim mantido, mas o reconhecimento da distância que separa o homem de tudo que é divino exige uma atitude mais modesta, e Platão certamente o reconhece ao fazer o estrangeiro assumir a posição de um ser mortal legislando para filhos de seres humanos¹⁴⁴.

Conforme renunciava o *Político*, nas *Leis* Platão abandona a crença na realização do governo livre de uma inteligência pessoal. A sabedoria é sempre soberana, mas a esperança no governo de uma tal sabedoria é o sonho de um Deus

¹⁴¹ Platão, *Leis*, 702b-d.

¹⁴² V. Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 183/4.

¹⁴³ Platão, *Leis*, 739d-e.

¹⁴⁴ “[N]ão estamos agora legislando, como os antigos legisladores, para heróis e filhos de deuses, quando – conforme diz a história – tanto os próprios legisladores quanto os cidadãos para quem legislavam eram descendentes dos deuses. Nós, ao contrário, não passamos de seres humanos mortais legislando para filhos de seres humanos...” (Platão, *Leis*, 853c, na tradução de Edson Bini, *As leis*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2010, p. 357).

entre os homens. Devemos então nos contentar com a lei e a ordem, admitindo, porém, tratar-se apenas da segunda melhor solução, porquanto a lei é naturalmente limitada por sua generalidade. Esta que é a alternativa que resta vai determinada por certas características marcadamente humanas que fazem da lei uma *necessidade prática*. Platão sustenta ser realmente necessário que nós homens façamos leis e vivamos em conformidade com elas, sem o que a humanidade não diferirá em absoluto das bestas mais selvagens. A razão disso é que nós seres humanos não somos suficientemente capazes de perceber o que é mais benéfico para a vida comum e simultaneamente preferir o bem comum, com a necessária constância, em detrimento de nossos interesses pessoais. Mesmo que um homem compreendesse o autêntico sentido da vida política, sendo além disso o portador da ciência que caracteriza o estadista verdadeiro, jamais um tal homem se revelaria capaz de permanecer fiel àquele conhecimento e de continuar ao longo de toda sua vida cultivando em primeiro lugar o interesse comum. Pelo contrário, sua natureza mortal acabaria por favorecer a predominância da ambição pessoal e do egoísmo, e assim a justiça e a virtude não poderiam prevalecer. Por atrair a escuridão para o interior de si mesmo, Platão prevê que um tal governante trará para a *polis* todas as espécies de males. E é precisamente esta característica corruptibilidade do homem que torna a lei necessária. Persiste a crença na ideia de que, se porventura surgisse algum dia um *nomos empsychos* nascido pela graça divina para assumir a condução da comunidade política, ele dispensaria qualquer sujeição à lei, pois “nenhuma lei ou regra é superior ao conhecimento”, e nem pode a razão, sem impiedade, tornar-se servidora ou escrava do que quer que seja, devendo antes ser a senhora de todas as coisas, se é realmente verdadeira e livre como quer sua natureza. Mas, no presente, afirma o estrangeiro, uma tal razão não existe em lugar algum a não ser em modesto grau, pelo que resta a segunda melhor opção, ou seja, a regra e a lei, que veem e discernem o geral, com todas as limitações da generalidade¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Platão, *Leis*, 874e-875d. Embora o excerto em questão fale por si mesmo, convém reproduzir, por sua importância, a valiosa e elucidativa explicação de Ernest Barker: “On the necessity of law there is a noble passage in the ninth book (875)... Law is civilization: it is the slow-bought gain of the ages during which men have striven to lift themselves above savage beasts; it is the differentia of humanity. It is necessary to us for two reasons – first, because our individual minds are not adequate in themselves for the recognition of what is best for social life; secondly because, even when such recognition is attained, our individual wills are not always able or willing to pursue the best. We thus need law, first of all, to precipitate, as it were, and to crystallize the good, and because it is a common good it binds us together in a society for its common pursuit; and in such a society, joined in the pursuit of a common good, but in such a society only, each individual can attain the good of his own life. It is difficult for men to recognize these facts, or to realize that the common good is the prior

Em conformidade com esta mais realista antropologia, a proposta platônica tardia confia na superioridade de um regime misto sob a lei. Os males dos regimes gregos contemporâneos a Platão, e especialmente da democracia ateniense, eram, a seu juízo, a onipresença da ignorância mascarada sob a aparência do conhecimento, personificada pelo sofista, e um egoísmo político que dividia as cidades em facções rivais, também em conformidade com o princípio sofista de que a justiça é o domínio do mais forte¹⁴⁶. A democracia era vista por Platão, como depois por Aristóteles, como um regime em que a pior das partes de uma *polis* – o vulgo, os muitos, os pobres ignorantes e destituídos de virtude –, governa em proveito próprio, não para o bem comum. Também a oligarquia e a tirania são regimes caracterizados pela parcialidade, porquanto numa os ricos e na outra um único tirano governam no seu próprio interesse, submetendo os demais, à semelhança da maioria na democracia, a um domínio despótico¹⁴⁷. Em tais regimes, a lei é imposta pela parte governante no seu próprio interesse (é um seu *instrumento*, podemos certamente afirmar). A propósito pois destes regimes e das suas respectivas leis, o juízo de Platão não pode ser mais severo e contundente, porquanto nas *Leis* o filósofo nega que sejam sequer constituições em sentido próprio aquelas que propiciam que uma parte governe as outras em favor dos seus particulares interesses, e que sejam leis verdadeiras aquelas que não sejam promulgadas para o bem do todo mas no interesse de uma facção. A

condition of any individual good; and that is why the true art of legislation, which far more than tools or any crafts makes civilization, is a necessity of human life. Again we need law, and the public enforcement of law, to supply a motive to our lagging wills. Without the organization of a common opinion, backed by a common force, men will always seek, even if they have an intellectual recognition of the common good, to establish a private interest as their canon (ἰδιοπραγία), and they will always drift into self competition for the sake of private advantage (πλεονεξία). If, indeed, by the grace of God, a man should arise among his people naturally able to recognize, and also, of his own motion, to pursue the good, such a man would need no laws for his guidance. There is no law or order greater than wisdom; and genuine free mind is in its nature always sovereign and never subject. But this is a dream – the dream of a god among men. There is no such mind anywhere, or at any rate only a little; and so we must take law and order, admitting as we do that they are only a second best, and that though law may envisage rules of a general application, it cannot (as might a free sovereign mind) meet every case and every need” (*Greek political theory...*, op. cit., pp. 349/50).

¹⁴⁶ Barker, *Greek political theory...*, op. cit., p. 172 e ss.

¹⁴⁷ Conforme distinguirá Aristóteles, o regime despótico se assemelha à relação entre um senhor e o seu escravo: o senhor “governa” o escravo para o próprio benefício, assim como num regime despótico uma parte apenas da comunidade governa para o próprio benefício, reduzindo os governados à condição de súditos, que se assemelham a escravos, privados portanto da condição própria de homens livres (W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., p. 244; v. Aristóteles, *Política*, VII, 14, 1333a5-6). De fato Platão considera despóticas todas as falsas constituições: nenhuma delas é propriamente uma *politeia*, senão uma *stasioteia* (Platão, *Leis*, 832b-c).

pseudoconstituição em que uma parte domina as outras nem sequer merece o nome de *politeia*, por se tratar antes de uma *stasioteia* – o governo egoísta de uma facção, um estado de discórdia continuamente sacudido pela *stasis* e privado da amizade, e assim da substância de uma autêntica comunidade política¹⁴⁸. Também a “justiça” que os sofistas costumam atribuir às leis promulgadas no interesse de uma parte é não mais que um nome vazio¹⁴⁹. Um regime misto¹⁵⁰ em que as partes da comunidade são de alguma forma equilibradas sob o governo de uma lei soberana é conseqüentemente a terapia prescrita pelo último diálogo platônico. O governo deve ser partilhado nos termos de um certo arranjo que viabilize a supremacia de uma mesma lei estabelecida para todos e no interesse de todos. O estado legal platônico é portanto um estado constituído no interesse de todos os cidadãos, e a salvaguarda do bem comum vem da soberania da lei¹⁵¹. Por isso, aquele que subjugar as leis e deixar a *polis* sujeita a uma facção, atuando ilegalmente e agindo em tudo isso pela violência e incitando à insurreição, terá que ser considerado o pior dos inimigos¹⁵². Aqui não aparece de forma alguma, portanto, um poder soberano ao estilo moderno: a soberania está investida na lei e, sendo misto, por reconciliar o conhecimento e a liberdade, respectivamente representados pela porção monárquica e pela porção democrática do arranjo constitucional, o regime proposto por Platão não pode admitir a existência de uma autoridade soberana para além da lei¹⁵³.

Tudo indica, bem se vê, que a opção platônica pela lei não pode ser posta em causa¹⁵⁴. É imprescindível, contudo, notar que a lei que Platão quer ver no governo

¹⁴⁸ O ideal de segundo nível almejado pelas Leis quer propiciar que os cidadãos sejam o mais felizes possível e unidos em mútua amizade no mais alto grau (Platão, *Leis*, 743c).

¹⁴⁹ Platão, *Leis*, 715b.

¹⁵⁰ O sistema de seleção de magistrados proposto nas *Leis* consistirá em um meio-termo entre as constituições monárquica e democrática, pois só por meio de uma solução intermediária será possível assegurar a amizade e proteger a constituição contra a sedição (Platão, *Leis*, 756e-757a).

¹⁵¹ V. Barker, *Greek political theory...*, op. cit., pp. 351/2.

¹⁵² Platão, *Leis*, 856b.

¹⁵³ Barker, *Greek political theory...*, op. cit., p. 384.

¹⁵⁴ Platão é novamente taxativo a este propósito, quando sustenta que todo estado que tem a lei numa condição subserviente e impotente está à beira da ruína enquanto para todo estado no qual a lei é soberana sobre os magistrados e estes são servidores da lei haverá salvação e todas as benesses que os deuses outorgam aos estados (Platão, *Leis*, 715d).

não é nem um decreto ou instrumento posto a serviço de quem governa¹⁵⁵, nem a rigor um perfeito substituto para a sabedoria, mas antes um seu necessário sucedâneo – e a melhor dentre as alternativas ao governo do estadista verdadeiro – *pela porção de sabedoria que incorpora*, com a rigidez, porém, que lhe é inerente. Conforme salientou Barker, a lei que Platão tem em mente é uma expressão da civilização, a lenta aquisição dos tempos durante os quais os homens se esforçaram para se elevar acima das bestas, uma específica *differentia* da humanidade. Mas é ainda mais que isso. A lei com a qual Platão pretende qualificar um regime político é a expressão de um saber adquirido pelo filósofo em abertura para a transcendência – é o resultado, por assim dizer, da operação daquilo que há de divino em nós. Basta ver como as *nomoi* das *Leis* são caracterizadas.

Platão salienta continuamente a conexão entre a lei (*nomos*) e a razão, ou intelecto (*nous*)¹⁵⁶. Já no primeiro livro das *Leis* o estrangeiro assevera que a lei da qual está à procura é a “sagrada e dourada corda da razão”, à qual deveríamos nos agarrar e que jamais deveríamos largar. Há outra passagem, já no último livro, a propósito da estrutura dos tribunais e da formação dos juízes, em que aquela conexão se explicita com toda clareza: dentre todos os tipos de conhecimento, o das boas leis é o mais eficiente para a transformação em um ser humano melhor, visto que, se assim não fosse, seria em vão que nossa lei divina e admirável ostentasse um nome (*νομος*) aparentado à razão (*νοϋς*)¹⁵⁷. O *nous* é precisamente o elemento divino presente em nós, aquela parte da alma humana aberta para a transcendência que permite a participação no divino e capacita para a legislação. Talvez em nenhum momento do diálogo esta conexão entre o divino, o intelecto e a lei tenha ficado mais evidentemente expressa do que num discurso encontrado no livro quarto em que o estrangeiro sustenta que em nenhuma cidade governada por um mortal e não por Deus as pessoas teriam trégua dos males e dificuldades, mas que ainda assim deveríamos fazer o possível para imitar a vida que teria existido na época de

¹⁵⁵ Ao defender a soberania de uma tal lei – sustenta Barker em sua interpretação das *Leis* – Platão teria retornado ao ideal tipicamente grego do governo de uma lei fundamental protegida por uma relativa rigidez (Barker, *Greek political theory...*, op. cit., pp. 45/6, 340/1 e 352/3).

¹⁵⁶ Barker, *Greek political theory...*, op. cit., p. 350; Voegelin, *Plato*, p. 239.

¹⁵⁷ Platão, *Leis*, 644e-645a e 957c.

Cronos¹⁵⁸, ordenando tanto nossos lares quanto nossas cidades conforme ao elemento divino e imortal presente em nós, e dando a essa ordenação da razão o nome de *lei*¹⁵⁹. A lei é então um ordenamento da razão em abertura para a transcendência. A tarefa do filósofo no segundo melhor regime platônico já não será, portanto, a de um governante absoluto, mas o de um legislador-fundador especialmente qualificado.

Enquanto no regime idealizado pela *República* a verdade penetra a realidade histórica por meio da presença viva e atuante do verdadeiro estadista, na *polis* das *Leis* a substância da ordem é diversamente incorporada à vida política por meio da adoção de um corpo legal concebido em pormenores por um qualificadíssimo legislador-filósofo convidado a orientar os encarregados do projeto arquitetônico de uma nova comunidade política. O *nomos*, agora adequadamente compreendido em sua estrita conexão com o divino e não como pura e simples criação dos cidadãos ou de uma autoridade política, adentra a realidade histórica por obra de um estrangeiro encarregado de dar à *polis* as suas leis fundamentais¹⁶⁰. Mas o legislador-filósofo platônico não é um soberano moderno. A sua autoridade para legislar depende da sabedoria, e como a sabedoria advém de uma ordenadora abertura da alma, pode-se dizer que o verdadeiro legislador só efetivamente o será porque Deus é a medida da sua alma. Platão não tem dúvidas de que é Deus e não o homem a medida de todas as coisas¹⁶¹. A *polis* equipada com boas leis pelo legislador-filósofo não deixa então de ser, em alguma medida, como salienta Barker, uma teocracia, pois a força que predomina em sua vida é a razão presente em suas leis, e é precisamente a razão, com a conexão que permite entre o homem e Deus, constituindo o elemento especificamente divino em nós, que nos habilita para a legislação e permite que façamos das leis limitados mas, ainda assim, autênticos

¹⁵⁸ Cronos, ciente de que nenhum ser humano, por sua natureza, seria capaz de reter controle absoluto de todos os assuntos humanos sem se tornar repleto de insolência e injustiça, designou não seres humanos para reis e governantes das cidades, mas seres de uma raça mais divina, nomeadamente, os *dáimons* (Platão, *Leis*, 713c-e).

¹⁵⁹ Platão, *Leis*, 713e-714a.

¹⁶⁰ V. Voegelin, *Plato*, op. cit., pp. 220/1 e 233/4.

¹⁶¹ Platão, *Leis*, 716c.

repositórios da verdade¹⁶². E só mesmo uma *polis* governada por leis assim expressivas da verdade poderá ser ela também uma *polis* verdadeira¹⁶³.

A verdadeira lei cujo elogio encontramos na especulação politológica platônica não é, conseqüentemente, a expressão do puro poder ou da força nem o produto de uma qualquer decisão – no confronto entre *ratio* e *voluntas*, é aqui decididamente a *ratio* que prevalece. E tanto é assim que o legislador não só depende da persuasão para convencer os fundadores a adotar as suas leis como deve ainda ter o cuidado de elaborar preâmbulos com o propósito de obter, por meio de um delicado apelo à inteligência, a adesão espontânea dos cidadãos às disposições legais. A persuasão aparece então nas *Leis* como o meio para convencer da conveniência das leis e para obter uma voluntária observância por parte dos cidadãos. A distância entre Deus e os homens é, segundo Voegelin, de alguma forma encurtada pela persuasão. Platão parece de fato contar com o argumento como forma de ativar nos cidadãos aquelas experiências que sensibilizam o homem para as exigências de uma ordem de validade que o filósofo reconhece em abertura para a transcendência. Enquanto a *República* fora escrita na suposição de que o governo da cidade seria formado por pessoas em cujas almas a ordem da Ideia poderia se tornar realidade tão plenamente que elas seriam as fontes mesmas da ordem na *polis*, as *Leis* são diversamente escritas na suposição de que o corpo dos cidadãos será formado por pessoas incapazes disso, mas que ainda assim podem ser habituadas às exigências da virtude sob orientação adequada e mediante o emprego da persuasão. Os proêmios às leis constituem assim o elemento mediador entre o *nous* e a *polis* dos *nomoi*¹⁶⁴. E como tais preâmbulos são a expressão em intenção argumentativa dos princípios que teriam orientado o

¹⁶² Barker, *Greek political theory...*, op. cit., p. 352.

¹⁶³ Esta legal condição de veracidade da *polis* vai muito precisamente explicitada por Castanheira Neves, em sua consideração do sentido da lei no pensamento clássico: “mantido o princípio capital de que o ético-político, e do mesmo modo o ético-jurídico, tinha o seu fundamento numa verdade e de que as suas objectivações deviam exprimi-la como um conhecimento, então as leis haviam de continuar a vincular-se tanto à ideia do bem e do justo em geral como à ideia e ao bem da *Polis* em particular e idéias essas que as vinculariam como autênticas ‘verdades da razão’ (H. Welzel). Apenas as leis que dessem testemunho desta vinculação seriam verdadeiras leis, e apenas a *Polis* em que essas leis dominassem e fossem fundamento do poder seria verdadeira *Polis*” (*O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 494).

¹⁶⁴ Voegelin, *Plato*, op. cit., pp. 225, 221/2 e 255-7.

estadista verdadeiro em seu melhor governo na *polis* ideal, pode-se dizer, com Barker, que por meio desse expediente o filósofo se reconciliou com a legalidade¹⁶⁵.

O governo da lei verdadeira constitui nesses termos a última palavra de Platão para o problema da infusão da ordem da alma na realidade política histórica. Mas para que esta nossa apreciação do contributo político do pensamento platônico dê ensejo a uma adequada compreensão da novidade representada pela filosofia política moderna, é preciso ainda perguntar o que propõe Platão acerca das mais elevadas magistraturas deste segundo melhor regime. Já sabemos que o governo das leis é a mais próxima imitação do que seria um governo divino¹⁶⁶, mas não fica assim resolvido o problema da organização das magistraturas e da administração das leis. Platão tem plena consciência de que a estabilidade do seu segundo melhor regime e a sua permanente fidelidade ao projeto original exige uma cuidadosa distribuição dos ofícios públicos. É assim que, quanto à forma, a constituição do último diálogo platônico será um equilibrado arranjo em que tenham vez tanto a sabedoria quanto a liberdade, os elementos respectivamente preponderantes numa monarquia e numa democracia. Teremos então um governo marcado pela soberania de um corpo legal formulado por um sábio legislador, mas cuja administração será entregue aos melhores membros da cidade, com uma moderada participação de todo o corpo dos cidadãos, por meio, especialmente, da escolha eletiva dos magistrados¹⁶⁷. A comparticipação de todos os membros da *polis* é fundamental, pois sem o equilíbrio e a moderação proporcionados por um regime misto se dissolve a *philia* que constitui o laço vinculante dos heterogêneos elementos desse segundo melhor regime¹⁶⁸. É contudo ainda mais importante que os melhores dêem o tom, pois só assim a constituição das leis merecerá ser considerada, como quer Platão, uma “constituição divina” (θειας πολιτειας). Aqueles que pretendam ser os guardiões das suas leis deverão compreender a unidade da virtude e conhecer efetivamente a verdadeira natureza das leis que à virtude total se orientam, além de serem capazes tanto de expô-las pelo discurso quanto de agir em conformidade com elas, julgando as boas e más ações de acordo com a sua verdadeira natureza,

¹⁶⁵ Barker, *Greek political theory...*, op. cit., pp. 353/4.

¹⁶⁶ Strauss, “Plato”, *History of political philosophy*, op. cit., p. 83.

¹⁶⁷ Strauss, “Plato”, *History of political philosophy*, op. cit., pp. 81/2; Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 196/7.

¹⁶⁸ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 249.

sendo isto apenas possível a alguém que seja simultaneamente divino e laboriosamente instruído nas coisas divinas, mesmo que tão-só na medida das capacidades de um ser humano¹⁶⁹. Por isso, o arranjo constitucional proposto ainda deve contar com um elemento de abertura. Platão parece consciente da impossibilidade de estabilizar total e permanentemente a integralidade da ordem legal da *polis*, bem como da necessidade de dotá-la com um órgão capaz de enfrentar as circunstâncias vindouras com fidelidade ao espírito dos fundadores, de forma a garantir a preservação do projeto original. É para este fim que vai instituído o Conselho Noturno, a ser formado pelos mais velhos dentre os mais distintos guardiões das leis, por inspetores que tenham estado no estrangeiro se instruindo acerca da salvaguarda das leis e que se mostrem ademais dignos da atribuição, assim como por jovens de não menos de trinta anos selecionados cada um por um dos membros mais velhos e aceitos por todos. Este qualificadíssimo Conselho concebido por Platão no último livro das *Leis* será na *polis* como o intelecto no indivíduo, a cabeça no corpo – sendo os membros mais novos os seus olhos e os mais velhos o intelecto, por sua eminente sabedoria –, o órgão do estado ciente do sentido da vida política e dos meios conducentes à preservação da *polis* e à realização do seu fim, ou seja, a virtude¹⁷⁰. Noutros termos, o Conselho Noturno, e muito especificamente o conjunto dos mais velhos dentre seus membros, será na *polis* deste ideal de segundo nível o *locus* específico do *nous*, e portanto o elemento de abertura para a transcendência e tudo o que é divino. Sua específica tarefa será a de garantir que as almas dos cidadãos permaneçam harmonizadas aos *nomoi*. O seu é portanto o mais elevado encargo no segundo melhor regime platônico, ou seja, a manutenção no limite do possível da *eunomia* da *psyché*¹⁷¹. Esta é a firme fundação do regime e a garantia de um constante compromisso com o seu fim, a excelência ou virtude¹⁷².

Platão reconhece, por fim, que não há como regular legalmente, de antemão, a atuação do Conselho Noturno. É preciso antes garantir que seja apropriadamente formado, deixando que os seus membros determinem de que autoridade se

¹⁶⁹ Platão, *Leis*, 965c-966d.

¹⁷⁰ Platão, *Leis*, 961a-b e 961d-965a.

¹⁷¹ Voegelin, *Plato*, op. cit., pp. 266/7.

¹⁷² Strauss, “Plato”, *History of political philosophy*, op. cit., pp. 86/7.

revestirão. O que é necessário para bem formá-lo, por sua vez, é alguma forma de educação mais elevada, provida por meio de contínuas conferências ministradas àqueles que pela idade, capacidade intelectual, qualidades morais e bons hábitos, se ajustem ao cargo de guardião, tarefa para a qual o estrangeiro oferece auxílio devido à sua extensíssima experiência e estudo¹⁷³. Ou seja, é o filósofo em última instância não só quem dá à *polis* as suas leis mas também quem forma os seus mais importantes magistrados, para que tenham clareza quanto às exigências da virtude e sejam efetivamente governados pelo *nous* – o elemento divino e convergente da alma humana que dá unidade às quatro virtudes¹⁷⁴ –, de forma a poderem se desincumbir adequadamente do encargo de administrar as leis conforme ao espírito do legislador-filósofo.

Mesmo o segundo melhor regime das *Leis* será, por conseguinte, uma ordem governada pela sabedoria, e uma sabedoria de caráter divino que forma o indivíduo na abertura da sua alma para a transcendência e adentra a realidade política por meio das leis e dos seus mais excelentes guardiões. Apenas quando o *nous*, o elemento divino em nós, vive verdadeiramente nos *nomoi* da *polis*, a obediência às suas leis resultará na plena realização, na *eudaimonia* dos cidadãos e da comunidade como um todo. E mesmo os seus mais destacados e importantes magistrados deverão servir fielmente às leis, porquanto isso é o mesmo que servir a Deus¹⁷⁵. O esboço do estado legal platônico não equivale, portanto, à proposta de uma ordem política enclausurada na imanência das coisas humanas, embora decorra da renúncia à prática realização do ideal do governo de uma “lei vivente” e emerja no desenvolvimento da filosofia política clássica como um sucedâneo ou ideal de segundo nível. Trata-se de uma aquisição permanente e irrenunciável, pela tentativa que consubstancia e parcialmente realiza de estabelecer as bases de uma ordem política humana permeada pela verdade da alma e praticamente aberta para a transcendência. A tensão não é abolida nem suprimida ou ocultada, mas de alguma forma mantida numa projetada articulação entre a ordem da alma e a *polis* histórica, por meio de um fechamento apenas parcial decorrente da adoção de um corpo legal concebido em abertura e administrado por altos magistrados educados

¹⁷³ Platão, *Leis*, 965a e 968b-969c.

¹⁷⁴ Voegelin, *Plato*, op. cit., pp. 266/7. A propósito da convergência no intelecto (*nous*) das quatro virtudes cardeais, v. Platão, *Leis*, 963a.

¹⁷⁵ Voegelin, *Plato*, op. cit., p. 253.

pelo filósofo nas coisas divinas. Veremos adiante como essa solução destoa da resposta moderna ao problema daquela tensão, mas não sem antes verificarmos como Aristóteles avança o empreendimento platônico.

3.2. A constituição verdadeira, a variedade dos regimes atuais e a melhor constituição possível na *Política* de Aristóteles

Aristóteles se contenta com um atenuado influxo da verdade na política¹⁷⁶. A sua atitude é a rigor um exemplo de moderação não apenas em comparação com a de Platão, mas também com os variados projetos dos profetas da modernidade. Basta ver como o estagirita sintetiza, no início do Livro IV, o sofisticado e complexo programa da sua *Política*: a ciência política deve *primeiro* considerar qual a melhor constituição, e que qualidades uma constituição deveria apresentar para se aproximar ao máximo do ideal quando não haja fatores externos que o impeçam; em *segundo* lugar, a política deve considerar que tipo de constituição se ajusta a que tipo de corpo cívico – afinal é provável que a realização da melhor constituição seja impossível para a generalidade dos estados, e o bom legislador assim como o bom estadista devem manter seus olhos abertos não apenas para o que é absolutamente melhor, mas também para o melhor *consideradas as circunstâncias*; em *terceiro* lugar, a política deve também considerar como as constituições existentes, com suas inúmeras e inevitáveis imperfeições, podem se manter e desfrutar da vida mais longa possível; por fim, e em *quarto* lugar, a ciência política deve investigar qual o tipo constitucional mais praticável ou mais resistente à *stasis* e mais ajustado aos estados em geral¹⁷⁷. Aristóteles admitirá, portanto, diversos e eventualmente atenuadíssimos graus de conformação da realidade política histórica às aquisições resultantes da especulação filosófica. Mas também em Aristóteles o problema especulativo primário é o do melhor regime, pois mesmo quando o propósito da *Política* é o mais moderado, o critério orientador não é jamais senão o da constituição mais verdadeira, considerados especialmente o seu *telos* e o singular princípio distributivo imediatamente determinado pelo autêntico fim da comunidade política. Resta saber então o que Aristóteles prescreve quando confronta a atualidade política, de modo a que sobressaia a sua característica atitude

¹⁷⁶ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 361/2.

¹⁷⁷ Aristóteles, *Política*, IV, 1, 1288b10 e ss.

relativamente à tensão entre a melhor e as atuais constituições, e como, em cumprimento ao programa das *Leis*, vai tentada no derradeiro esforço filosófico-político grego a difícil e sempre instável articulação entre a verdade da alma e ordem da sociedade, com todas as suas resistentes circunstâncias históricas.

Sabemos já que os *standards* da ciência política aristotélica são os critérios orientadores da atualização da essência da *polis*, conforme ao princípio de que o seu fim ou bem é o mesmo que o fim ou bem do homem¹⁷⁸. Na *Política* aqueles critérios alcançados pelo filósofo em abertura para o problema do *telos* do homem e da *polis* se convertem em instrumentos para classificar, avaliar e, nas palavras de Voegelin, influenciar a realidade política¹⁷⁹. Sabemos também que o problema relativo a tais critérios de alguma forma convergem no problema especulativo do melhor regime, e que para Aristóteles, concordando no essencial com Platão, o regime “mais excelente e divino” é aquele que confia o governo a um ou poucos homens de tão proeminente excelência cuja virtude exceda o estoque de virtude de todos os demais cidadãos, sendo os governados por seu turno capazes – e não obstante a disparidade entre todos e os seus quase-divinos governantes – de uma suficiente participação no mais desejável modo de vida¹⁸⁰. É esta a constituição mais conforme à imagem aristotélica de uma comunidade humana perfeita¹⁸¹. A realização de uma tal melhor ou “mais verdadeira/correta” (*orthos*) constituição é portanto impossível sem excepcional virtude e senão quando as circunstâncias forem excepcionalmente favoráveis¹⁸². Mas se porventura um regime assim perfeito viesse à atualidade, não seria necessário nem conveniente submeter o seu governo à lei, uma vez que o governo de um “deus entre os homens” teria na própria sabedoria do governante a sua lei¹⁸³. Nisso Aristóteles concorda inteiramente com

¹⁷⁸ Para além das referências anteriores, v. Aristóteles, *Política*, III, 6, 1278b21-23.

¹⁷⁹ Voegelin, *Order and history*, v. 3, pp. 295/6.

¹⁸⁰ Aristóteles, *Política*, III, 18, 1288a32-37.

¹⁸¹ “The happiest State, he [Aristóteles] holds, is that in which the highest things are willingly left to the highest and best prepared natures, in which a body of men exists in a position to live, and living, for all that is best and noblest in human life, and in which natures unable to live that life ask nothing better than to grow in virtue by aiding others to live it and accepting their rule. A body of citizens living the highest life that man can live, the source to those around them who cannot live that life of all the virtue of which they are capable – this is Aristotle’s ideal of human society” (W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., p. 331).

¹⁸² W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., p. 86.

¹⁸³ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., p. 329.

Platão, como também que a atualização de uma ordem política assim divina é improvável no mais alto grau¹⁸⁴, e que o melhor sucedâneo para o governo livre de uma “lei vivente” é um certo governo misto sob a lei. Vejamos em que termos vai então proposta a solução aristotélica para o problema da tensão entre o melhor e o atual no domínio do político, pois somente após uma tal investigação poderemos determinar a índole da filosofia política clássica e apreciar o valor do contributo aristotélico para um adequado e frutífero enfrentamento dos nossos problemas.

Ao reafirmar que a *polis* é uma comunidade (*koinonia*) de iguais orientada não simplesmente à prevenção da injustiça e à facilitação do intercâmbio mas à vida verdadeiramente boa (*eu zen*), e que esta mais elevada forma de vida consiste no perfeito desenvolvimento da virtude, Aristóteles vai logo alertar para o fato de que na vida real isto não é para todos. Embora alguns possam porventura participar plenamente deste elevadíssimo modo de vida, outros serão apenas parcialmente capazes de uma forma realmente perfeita de virtude, enquanto outros de forma nenhuma poderão viver em tais termos. A consequência no plano político desta variedade relativamente à humana capacidade de participação na vida boa resultará em múltiplas e variadas formas políticas ou constituições¹⁸⁵. E o que torna a *Política* uma obra tão rica e complexa é precisamente a variedade dos regimes considerados, como também as inúmeras terapias propostas para as suas múltiplas imperfeições. Mas em todo caso a investigação é sempre conduzida sob a orientação de critérios obtidos no pressuposto de que o *telos* é a vida mais elevada – e, sob um tal pressuposto, o melhor regime é de fato o governo livre de um ou de uns poucos dotados de excepcional virtude, e cuja virtude ultrapasse a de todos os demais mesmo quando estes sejam também capazes de uma suficiente participação no mais elevado modo de vida. É neste contexto de ideias que vai discursivamente enfrentado por Aristóteles o problema do que é mais conveniente – se o governo de um ou de uns poucos liberto de todo limite ou, diversamente, um governo legal.

Aristóteles sustenta, a este propósito, que um governo absoluto só poderia vir apropriadamente recomendado na hipótese de existir uma enorme disparidade em virtude e capacidade política entre governantes e governados. A *Política* preserva o

¹⁸⁴ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 280/1.

¹⁸⁵ Aristóteles, *Política*, I, 2, 1252b29-30; III, 9, 1280b30 e ss.; e VII, 8, 1328a36-b1.

princípio platônico de que devem ser encarregados do governo aqueles que se mostrem efetivamente capazes de governar melhor¹⁸⁶, e reconhece que não faria sentido submeter aos estreitos e inflexíveis limites legais um governante dotado de uma transcendente virtude. Ademais, está conforme ao seu princípio de justiça que devem ter uma maior participação no governo aqueles que mais contribuam para o fim da *polis*¹⁸⁷, e sendo o seu fim uma vida de verdadeira felicidade e virtude, mais evidentemente contribuirão os de maior virtude¹⁸⁸, e muitíssimo mais quem ostente uma virtude transcendente e uma capacidade política muito superior à de todos os demais. Alguém assim seria “como um deus entre os homens”, uma “lei em si mesmo”, e teríamos que admitir como pura tolice tentar legislar para alguém tão superior, constituindo ademais uma flagrante injustiça atribuir a alguém assim uma participação igualitária no governo da *polis*. Contudo, a efetiva existência de alguém tão proeminentemente destacado parece ser para Aristóteles uma simples hipótese, uma suposição trazida ao discurso para fins argumentativos, e para a identificação de critérios capazes de orientar a investigação. Aristóteles reconhece que submeter alguém assim ao governo dos demais cidadãos seria como se os seres humanos pretendessem governar Zeus, ou partilhar o governo com ele, e que em verdade seria muito mais sensato submeter-se voluntariamente ao seu governo, sem limitá-lo de nenhuma forma¹⁸⁹. Mas um tal governo absoluto pressupõe enorme disparidade entre governantes e governados. Um governo livre da lei só realmente se justificaria se o governante tivesse em seu favor um estoque de virtude superior à totalidade da virtude de todos os demais cidadãos, pois somente neste caso poder-se-ia ver nele a lei viva da *polis*¹⁹⁰. Na hipótese diversa, ou seja, no caso de uma aproximada igualdade entre todos os cidadãos, que Aristóteles parece assumir ser o caso normal¹⁹¹, são certamente preferíveis a lei e a rotatividade nas magistraturas¹⁹².

¹⁸⁶ Aristóteles, *Política*, II, 11, 1273b6-7; VII, 3, 1325b10-14.

¹⁸⁷ Aristóteles, *Política*, III, 9, 1281a4-8.

¹⁸⁸ A liberdade e a riqueza são elementos necessários à existência da *polis*, e por isso Aristóteles considera legítimas as pretensões à participação política dos muitos e dos ricos. A mais bem fundada e justa das pretensões à participação no governo é, contudo, a dos bons, em razão da sua virtude, pois embora a liberdade e a riqueza sejam elementos importantes para a vida da *polis*, a virtude é necessária para uma vida boa (Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280a7-1281a10; III, 13, 1283a23 e ss.).

¹⁸⁹ Aristóteles, *Política*, III, 13, 1284a3-17 e 1284b23-34; III, 17, 1288a15-28.

¹⁹⁰ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 274-6.

¹⁹¹ Aristóteles, *Política*, VII, 14, 1332b23-24.

¹⁹² Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 335/6; W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., p. 273.

Aristóteles de fato sustenta que uma relativa igualdade entre governantes e governados é da natureza mesma do governo político (*arkhe politike*) e, portanto, da *polis*, ou seja, de uma comunidade de homens livres. Se houvesse um deus entre os homens, todos deveriam se submeter voluntariamente ao seu governo sem pretender jamais limitá-lo de alguma forma. Mas não estaríamos então verdadeiramente no domínio do político. A autoridade política pressupõe uma comunidade de homens livres e iguais, e neste quadro de referência Aristóteles não tem dúvidas quanto à solução apropriada: por justiça, a igualdade impõe a alternância no poder sob o governo da lei, e mesmo os indivíduos que porventura sejam encarregados das magistraturas serão guardiões ou ministros da lei. Entre semelhantes não é nem justo nem conveniente atribuir a soberania a um homem¹⁹³.

Mas não se esgotam por aí os argumentos de Aristóteles em favor da soberania da lei. O governo político, diversamente do governo despótico (*arkhe despotike*), é o governo exercido sobre homens livres e iguais *para o bem dos governados*, e como ademais a *polis* tem em vista a vida boa (*eu zen*), e conseqüentemente a participação das suas “partes” na vida boa ou felicidade (*eudaimonia*), só podem ser considerados retos e não despóticos, na perspectiva da justiça absoluta, os regimes orientados ao bem comum¹⁹⁴. A orientação ao bem pressupõe, contudo, o predomínio da razão sobre as paixões, porquanto as paixões fazem freqüentemente preferir os próprios interesses ao que é justo e bom¹⁹⁵. É aí que reside a vantagem da lei, pois se a alma individual pode deliberar e decidir melhor acerca de questões particulares, é também verdade que na alma humana a paixão está sempre presente, contrariamente ao que acontece com a lei¹⁹⁶. Aristóteles sabe e reconhece que a paixão (*thymos*) e o apetite (*epithymia*) pervertem os magistrados mesmo quando porventura contem entre os melhores, e é esta a razão pela qual o Livro III da *Política* afirma que o governo pessoal enseja um domínio da parte bestial da alma humana, ou seja, do apetite e das paixões, em

¹⁹³ Aristóteles, *Política*, I, 7, 1255b20; III, 4, 1277b7-9; III, 6, 1279a20-21; III, 16, 1287a8-23; III, 17, 1288a1-2; VII, 3, 1325b7-8; VII, 14, 1332b23-29. O governo político (*arkhe politike*) é ainda o melhor e mais conforme à virtude: idem, ibidem, VII, 14, 1333b27-29.

¹⁹⁴ Aristóteles, *Política*, VII, 14, 1333a5-6; II, 5, 1264b17-19; III, 6, 1278b21; III, 7, 1279a31-32; VII, 2, 1324a23-25; VII, 9, 1329a21-24; III, 6, 1279a16.

¹⁹⁵ Aristóteles transpõe para o domínio político o princípio de que o corpo deve ser governado pela alma, e a parte apetitiva da alma pela parte racional (*Política*, I, 5, 1254a28-1254b9; I, 13, 1260a5-9).

¹⁹⁶ Aristóteles, *Política*, III, 15, 1286a17-21.

detrimento do intelecto (*nous*), ou seja, do elemento divino presente em nós – daquele elemento, portanto, que diferencia o homem das bestas e que, exercendo um devido controle sobre a parte sensitiva da alma, permite ao homem participar em tudo que é divino. O governo da lei, por sua vez, é como o governo da razão, pois a lei é uma expressão da razão liberta da influência das paixões. É assim então que vemos justificada a conhecida defesa de Aristóteles de um governo das leis: quem confia o governo às leis pode ser compreendido como se determinasse que apenas Deus e a razão governassem; quem, por sua vez, confia o governo aos homens acrescenta o caráter de uma besta¹⁹⁷. A lei, e a lei não escrita mais ainda do que a lei escrita, é ademais o *meson* – é como uma autoridade neutra imune à influência das paixões, e o seu predomínio portanto é como o predomínio da razão e do justo (*dikaion*), pois a procura do justo é como a procura do *meson*¹⁹⁸. Com efeito, a lei é uma expressão da razão porque indica o justo-meio (*meson*) na repartição das coisas, ou seja, o justo (*dikaion*)¹⁹⁹. Vemos então aqui repetida a correlação estabelecida por Platão entre *nomos* e *nous* (intelecto) e *nomos* e *logos* (razão). Mas devemos lembrar que, assim como em Platão, a lei relacionada à razão e cujo predomínio vai reivindicado não é uma lei qualquer ou uma lei qualificada por um qualquer atributo formal ou mesmo pelas características do arranjo institucional em que se insere. As leis que Aristóteles quer ver no governo são apenas as leis justas ou corretamente constituídas, e o critério verdadeiramente distintivo da justiça e correção da lei é a sua adequada orientação ao bem comum. O governo legal concebido pela *Política* é de fato um *governo da razão orientado ao bem comum*²⁰⁰.

Diversamente de um governo pessoal e absoluto, que tende a preferir o interesse egoísta dos governantes, o governo legal defendido por Aristóteles é um governo apropriadamente dirigido ao fim da *polis*. A condição, porém, é a de que a

¹⁹⁷ Aristóteles, *EN*, X, 7, 1177b27 e ss.; idem, *Política*, III, 15, 1287a28-32.

¹⁹⁸ Aristóteles, *Política*, III, 15, 1287b3-5.

¹⁹⁹ Aristóteles, *EN*, V, 6, 1134a23-b1.

²⁰⁰ “Every man should always be ruled in his actions by reason, and not by passion: he should seek the general good which reason indicates, and not the particular and selfish aims which his passions may suggest. But if reason is to rule every man, it must rule the ruler; and the ultimate sovereign of the State will be dispassionate reason. But dispassionate reason is nothing else than law; and it is therefore necessary, if a State is to be normal and directed by unselfish rulers towards the general good, that it should have law for its ultimate sovereign” (Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 330/1).

soberania seja investida em leis “corretamente estabelecidas/constituídas”²⁰¹. Uma fiel apreciação da solução da *Política* para o problema do melhor dentre os regimes praticáveis supõe, por conseguinte, a elucidação do significado desta correção normativa. Questão essa que não oferece, porém, nenhuma dificuldade, pois logo após concluir sua digressão em favor da lei, Aristóteles é expresso ao afirmar que as leis são boas ou más, justas ou injustas, conforme sejam estabelecidas conformemente aos regimes retos ou, diferentemente, às suas respectivas perversões. O que confere à lei justeza e correção é, portanto, o seu *sentido*, a sua adequada orientação ao fim da *polis*, pois é esta adequada orientação que distingue os regimes retos dos desviados: os primeiros têm em vista o bem comum, ao passo que os demais visam ao interesse dos governantes²⁰². E se o bem é a vida boa, uma vida de participação na virtude, o fim da *polis* é a máxima participação de todos os seus cidadãos na virtude, consistindo nisso mesmo o bem comum que opera como medida da retidão do seu regime e da justeza das suas leis. O regime reto, como a lei justa, é a aquele que proporciona aos seus cidadãos uma vida boa. Ao defender a soberania da lei Aristóteles está, conseqüentemente, comprometido com a *perfeição* da natureza humana, e por isso a lei de que se trata não é uma lei qualquer mas apenas a lei justa ou “corretamente estabelecida”. A imagem de um governo legal assim compreendido é o primeiro passo, portanto, na construção aristotélica de um sucedâneo para o governo perfeito e divino de uma “lei vivente”²⁰³ – governo este que, não obstante, permanece o elevadíssimo muito embora impraticável *standard* que vai orientar a investigação²⁰⁴.

É preciso examinar, contudo, como Aristóteles gostaria de ver remediada a intrínseca deficiência da lei, no confronto com a inteligência singular de uma “lei vivente”. Referimo-nos, é claro, à rigidez da lei e à sua natural incapacidade de

²⁰¹ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 253/4.

²⁰² Aristóteles, *Política*, III, 11, 1282b1-13; III, 6, 1279a17-21; III, 7, 1279a28-31.

²⁰³ “The group of individuals forming the πόλις, if it has not a living law in the person of a παμβασιλεύς [*panbasileus*] or Absolute King, must frame laws and live in obedience to them. These laws must mould the conditions under which they live so as to be in the highest degree conducive to virtuous action and happiness. They must be such as to secure as far as possible to each member of the group enough and not more than enough of external goods, and an adequate supply of bodily goods. Above all, they must be such as to develop the goods of the soul – to call forth and give full play to men’s highest faculties, moral and intellectual” (W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., p. 556).

²⁰⁴ Segundo a aguda percepção de Newman, o propósito de Aristóteles ao ressaltar que o melhor seria o governo absoluto da virtude transcendente é de fato o de prevenir que as pretensões da lei colidam com as da justiça e da razão (*The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 276/7).

prover adequadamente para todas as variáveis circunstâncias. Quanto a este específico problema, Aristóteles parece sugerir que o melhor seja atribuir a administração da lei aos “poucos” treinados conforme ao seu espírito²⁰⁵, a indicar que o melhor dentre os regimes efetivamente possíveis seria uma certa aristocracia – o governo dos melhores sob a lei²⁰⁶. Isto nos remete de volta ao problema do arranjo da *polis* histórica, em conformidade aos elevados *standards* de Aristóteles.

Deixado à parte o regime “mais excelente e divino”, o que distingue uma constituição verdadeira/correta (*orthos/ορθός*) das correspondentes formas desviadas é a orientação ao bem comum e a soberania de uma lei justa²⁰⁷. O principal critério distributivo é sempre a virtude, e o específico arranjo constitucional dependerá do estoque disponível de virtude. A primeira questão a enfrentar é, portanto, a de como devem ser distribuídas as magistraturas de modo a garantir a retidão do regime e a supremacia da sua lei. Aristóteles acredita que um regime misto orientado por um correto princípio distributivo constitua uma apropriada resposta para o problema. Mas é só no confronto com os regimes desviados que a solução aristotélica para uma adequada infusão da verdade na realidade histórica mostra todo o seu valor e relevância, até porque o regime misto proposto como o mais geralmente praticável resulta das terapias recomendadas à democracia e à oligarquia, as duas perversões às quais a *Política* dedica maior atenção.

Sabemos já que o bem comum (o *telos* de uma verdadeira comunidade) e a justiça (a participação dos cidadãos conforme às suas respectivas contribuições para o fim da *polis*) constituem, nas palavras de Newman, a dupla orientação para a constituição normal²⁰⁸. A democracia e a oligarquia constam entre as perversões

²⁰⁵ Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287b25-26.

²⁰⁶ É esta a conclusão de Barker quanto ao enfrentamento aristotélico da questão relativa a quem – se os “muitos” ou os “poucos” – deveria administrar a lei de forma a suprir as suas deficiências conforme às circunstâncias: “Much may be said in favour of the many: their collective wisdom and their incorruptibility are perhaps their greatest recommendations, when one contrasts the inferior judgement, and the greater facility in yielding to passion, of a single individual. But whatever may be said of these qualities of the many (and they will have to be discussed hereafter), there is everything to be said in favour of the few, if they are men of private and public virtue. They are few enough to meet emergencies as quickly as the monarch; they are less liable to corruption than he. An aristocracy, administering and supplementing the law, is a more ideal government than monarchy” (Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 331/2).

²⁰⁷ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 214-16 e 555.

²⁰⁸ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 266/7.

porque servem ao interesse de uma parte apenas da comunidade (os pobres ou os ricos), e distribuem as magistraturas conforme a um critério parcial de justiça (a liberdade na democracia, a riqueza na oligarquia)²⁰⁹, sem consideração pelo fim da *polis* (uma comum participação na vida boa) e pelo critério distributivo mais conforme a esse fim (a virtude)²¹⁰. Em cada um desses desviados regimes uma classe tem a supremacia – ora os pobres livres, ora os ricos²¹¹ – e a tendência é que a lei seja posta a serviço da facção governante.

No tipo mais moderado de democracia a lei é soberana, mas a vontade dos muitos pobres nascidos livres, embora sob a lei, é suprema, pois, em função da igualdade que caracteriza esta menos radical democracia, acaba por prevalecer a decisão da maioria, que normalmente é da parte mais pobre dos cidadãos²¹². Nas democracias mais extremas, já não a lei mas a vontade do povo é soberana e governa despoticamente por meio de decretos populares (*psephismata*), sob a influência de demagogos²¹³ – e assim um tal regime, a rigor, nem sequer pode ser considerado constitucional, pois não há constituição onde a lei não detém a autoridade, e onde não cabe aos magistrados senão decidir acerca de casos particulares conforme à lei²¹⁴. E por mais que as variedades mais moderadas da democracia possam se afastar desse extremo, na medida em que as suas leis tendam a prevalecer sobre os decretos populares, enquanto essas leis forem em substância democráticas, distribuindo portanto as magistraturas apenas conforme ao princípio democrático, e dando assim ensejo a que, embora sob a lei, prevaleçam as decisões da maioria dentre a massa dos homens livres, ter-se-á num tal regime uma perversão, e não ainda um regime reto. O mesmo se dá com as diversas espécies de oligarquia. Na sua mais extremada forma, os poucos ricos são absolutos soberanos e governam à margem da lei. Essa especificidade da oligarquia extrema é

²⁰⁹ Aristóteles, *Política*, III, 9, 1281a10; III, 13, 1283a26-29.

²¹⁰ A respeito dos diversos critérios de justiça característicos de uma democracia, da oligarquia e da aristocracia, v., além das referências anteriores, Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 345-7.

²¹¹ Aristóteles, *Política*, IV, 4, 1290b1 e ss.

²¹² Aristóteles, *Política*, IV, 4, 1291b30-38. Aristóteles por isso dirá que a decisão da maioria acaba por ser o critério de justiça da democracia: *Política*, VI, 2, 1317a40-1317b7.

²¹³ Aristóteles, *Política*, IV, 4, 1292a5 e ss.; IV, 6, 1293a9-10. A propósito do despotismo caprichoso de uma facção que resulta da soberania de uma assembléia popular, v. Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 451 e ss.

²¹⁴ Aristóteles, *Política*, IV, 4, 1292a30 e ss.

relevante a ponto de Aristóteles diferenciá-la pelo nome, chamando-a *dynasteia*. Mas mesmo sob a lei a oligarquia será um regime pervertido, pois o princípio do regime oligárquico determinará a distribuição das magistraturas conforme à riqueza, e assim os poucos ricos darão o tom e as suas decisões prevalecerão²¹⁵.

O que então caracteriza todas as democracias, e bem assim as oligarquias, é a predominância de um critério parcial de justiça distributiva – a liberdade ou a riqueza, nunca a virtude – e a preponderância no governo de uma classe ou facção que tende a favorecer os próprios interesses, em detrimento do bem comum, porquanto é mais provável que os muitos pobres e os poucos ricos cedam aos apelos das paixões em vez de se deixarem governar pela razão e para o verdadeiro fim da *polis*. A terapia recomendada a todos esses mais ou menos pervertidos regimes não pode, portanto, senão constituir uma tentativa de dar um certo espaço para a virtude e de moderar aquelas facciosas tendências das massas pobres e dos poucos abastados. É nesse estágio da investigação que entra em cena a proposta aristotélica do conhecido regime misto que virá chamado simplesmente *politeia*.

A *politeia* é uma dentre as constituições mistas²¹⁶, porquanto resulta da conjunta consideração dos princípios distributivos da democracia e da oligarquia – a liberdade e a riqueza – ou resulta da combinação de elementos ou instituições de ambas, de forma a permanecer a meio caminho entre uma e a outra. A mistura assim obtida será tanto melhor quanto mais se mostre capaz de moderar os excessos de um e do outro dos dois regimes, aparecendo assim como um *meson* – um meio-termo, no específico sentido aristotélico da expressão – entre as duas perversões. Um tal regime deve se basear em uma ampla classe média, pois diversamente dos ricos e dos pobres os homens de modestas posses são mais propensos à moderação e portanto mais sensíveis às exigências da razão. Entre homens assim é maior, ademais, a probabilidade de se estabelecer a amizade, e a amizade é a condição mesma de uma vida comum, além de preservar a *polis* contra a sedição e imunizá-la contra as tendências desestabilizadoras e a vocação

²¹⁵ Aristóteles, *Política*, IV, 5, 1292a39-b10; IV, 6, 1293a30-34.

²¹⁶ “Aristotle means by a mixed constitution a mixture of two or more constitutions, i. e. of the principles characteristic of each (virtue, wealth, free birth), or of institutions characteristic of each, and therefore a constitution which associates two or more classes in supreme power” (W. L. Newman, “The constitutions dealt with by Aristotle in the *Politics*”, op. cit., p. XVII).

despótica das facções²¹⁷. A classe média é por fim mais propensa a se submeter voluntariamente à lei, e uma mistura adequadamente arquitetada de elementos democráticos e oligárquicos poderá ser capaz de prevenir que uma parte da comunidade se aproprie da lei, colocando-a a serviço de seus particulares interesses²¹⁸, até porque a classe preponderante funcionará como uma espécie de fator mediador entre ricos e pobres, superando a unilateralidade de que padecem a democracia e a oligarquia²¹⁹.

Embora resulte de uma certa combinação de princípios ou instituições característicos dos mais comuns entre os regimes desviados, a *politeia* representa um ganho qualitativo suficientemente relevante para figurar entre os regimes normais. O equilíbrio que proporciona entre ricos e pobres, e a predominância de uma classe submissa à lei e mais sensível às exigências da razão, reorienta a *polis* no sentido do interesse comum e impede o domínio despótico de uma parte da comunidade. Mas não é só: a *politeia* se distingue das perversões e vai promovida à condição de constituição normal também porque reserva algum espaço para a virtude, ainda que se trate de uma excelência de tipo inferior ou menos perfeito. Se a comunidade política existe para a vida boa, aqueles que contribuem mais para uma vida dessa natureza têm uma melhor pretensão ao poder político, e é este um dos decisivos argumentos de Aristóteles contra a democracia e a oligarquia²²⁰, uma vez que nessas duas constituições a virtude não encontra nenhum reconhecimento. Mas é também este o ponto de vista que qualifica a *politeia*, pois neste mais moderado regime misto vai timidamente reconhecida a pretensão da virtude, ainda que numa sua versão demasiado imperfeita e por isso mesmo presente nos membros da classe que aí adquire a primazia política e forma o substrato mais numeroso da

²¹⁷ Aristóteles, *Política*, IV, 8, 1293b33 e ss.; IV, 9, 1294a35 e ss.; III, 9, 1280b38-39; IV, 11, 1295a35 e ss.

²¹⁸ Note-se a esse respeito que Aristóteles considera a mais importante dentre todas as regras a serem observadas por todas as constituições que sejam tomadas eficientes medidas não apenas legais mas também na configuração do sistema econômico para impedir que os magistrados sejam capazes de usar os seus cargos para o próprio benefício: *Política*, V, 8, 1308b10 e ss.

²¹⁹ Aristóteles, *Política*, IV, 12, 1297a5-6. V. Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 471 e ss.; W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 499-512.

²²⁰ A propósito da rejeição das pretensões da democracia e da oligarquia por referência ao fim da *polis*, v. W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 247-9.

comunidade²²¹. Ademais, ao ascender qualitativamente na forma de um *meson* entre os dois extremos representados pela democracia e pela oligarquia, a vida da *politeia* é ela mesma expressiva da virtude, porquanto o traço marcante de uma vida boa, e assim, pois, da virtude, é o justo-meio²²².

Aristóteles considera uma *politeia* assim configurada a melhor constituição para a maioria dos homens e estados, mas justamente porque, ao contrário do que ocorre com uma autêntica aristocracia, este particular regime misto requer apenas uma moderadíssima porção de virtude, e uma virtude de classe inferior, da qual são por isso mesmo capazes a os homens em sua maioria, ou, pelo menos, os integrantes da classe média²²³. A *politeia* só será conseqüentemente um regime viável quando um tal substrato material estiver presente, e o melhor dentre os regimes possíveis quando o estoque de virtude não der substância a uma constituição melhor. Mesmo a *politeia* requer, portanto, condições minimamente favoráveis, mas as condições que pressupõe e às quais se ajusta ainda não são as mais exigentes circunstâncias necessárias à atualização do melhor dentre todos os regimes possíveis. Longe de constituir um autêntico *standard* de primeiro ou mesmo de segundo nível, a *politeia* não passa de uma alternativa circunstancialmente praticável à extrema democracia grega do tempo de Aristóteles – uma proposta, portanto, eventualmente atualizável, sob condições minimamente favoráveis, para o fim de reorientar o governo ao bem comum e garantir a supremacia da lei contra o interesse parcial das massas pobres, a influência sediciosa dos demagogos e os decretos das instáveis assembleias populares dominadas pela vontade momentânea de uma maioria ocasional. Trata-se de uma espécie de democracia retificada, moderada nos seus extremos, limitada pela lei, reconduzida para o verdadeiro fim da *polis*, e assim trazida para junto das demais constituições normais²²⁴. Mas, na escala

²²¹ Trata-se de um tipo de virtude inferior à virtude perfeita, a saber, de uma certa excelência de índole militar habitualmente presente nas massas, diversamente do que ocorre com a virtude perfeita, só encontrada em um ou nuns poucos indivíduos: Aristóteles, *Política*, III, 7, 1279a37-b4.

²²² Aristóteles, *Política*, IV, 11, 1295a35-b1.

²²³ Aristóteles, *Política*, IV, 11, 1295a25-31.

²²⁴ O contraste entre a democracia extrema e a *politeia* aparece muito claramente na caracterização de uma e da outra por Barker: “Democracy... in the practice of its ultimate form, is no true State: it is not the rule of the whole for the benefit of the whole, but that of a section for the benefit of a section: it is not a society directing itself by a body of known rules towards a common life of virtue, but a confused congeries of men, living by caprice and not by law, living for pleasure and not for virtue” (Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., p. 460); *politeia*, por sua vez, significa, em sentido estrito, “that subdivision of the normal type of constitution which is characterised by the rule of

das constituições, a *politeia* é a última, e assim a pior, dentre as normais, não podendo jamais ser identificada com o ideal aristotélico para uma comunidade política senão como o modelo a ser seguido pelas democracias e oligarquias como forma de transitarem suavemente para o lado das constituições que merecem este nome. Tomando por critério a “mais verdadeira” constituição, a *politeia* é uma forma qualitativamente superior aos regimes duplamente removidos, mas ainda assim um desvio²²⁵, não constituindo nem sequer o melhor deles. De todas as constituições normais, mas desde o ponto de vista da “mais verdadeira”, a *politeia* não passa da mais sutil e facilmente realizável aproximação, ou da constituição medianamente melhor *consideradas as circunstâncias em que se encontram as democracias e as oligarquias*²²⁶. Se a *politeia* merece figurar como um qualquer ideal, será então como um ideal de terceiro nível, pois não é nem a “mais verdadeira” constituição nem a melhor dentre as normais removidas daquela, mas simplesmente, ou na melhor das hipóteses, um ideal *para a democracia e a oligarquia*²²⁷ – a mais fácil via de acesso, por assim dizer, ao estrato superior das constituições normais. A chamada *politeia* não é, portanto, a última palavra de Aristóteles para a infusão da verdade na ordem da sociedade. Se aquele misto de duas perversões é o regime praticamente mais ajustado à maioria das comunidades políticas, isto se deve ao fato de estarem mais freqüentemente constituídas em moldes democráticos ou oligárquicos, e bem assim a uma circunstancial mas grave escassez de virtude²²⁸. Deixada à parte a “mais verdadeira” constituição, e abstraindo das particulares circunstâncias em que se encontravam imersas as cidades-estado gregas, a preferência de Aristóteles recai declaradamente sobre uma aristocracia que reconheça a primazia da contribuição dos “melhores”, sem contudo desprezar a contribuição dos ricos e dos muitos livres e as suas respectivas pretensões à participação política. Se, com efeito, a constituição justa é aquela que deriva sua regra de distribuição de uma correta apreciação do fim da *polis* e de uma adequada estimativa das contribuições relativas

the many: it is a democracy turned unselfish, and translated, in consequence, to a higher sphere” (idem, ibidem, p. 311).

²²⁵ W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 217/8.

²²⁶ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 471/2.

²²⁷ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., pp. 476/7 e 485/6.

²²⁸ Convém lembrar a este propósito a constatação de Aristóteles quanto à virtude disponível nos estados gregos do seu tempo: “onde quer que estejamos – afirma o estagirita –, não encontramos mais de cem homens bem nascidos e virtuosos” (*Política*, V, 1, 1301b39-1302a3).

de diferentes indivíduos para aquele fim²²⁹, é certo que a inexistência de um “deus entre os homens” implica a participação no governo dos ricos e dos muitos pobres nascidos livres, mas dando sempre uma relativa proeminência aos “melhores”.

Aristóteles sustenta de fato que o fim último da comunidade política é compreensivo de uma pluralidade de bens ou fins parciais e imediatos que contribuem para a sua realização – eventualmente como condições simplesmente da existência da *polis*, embora não ainda de uma sua vida boa –, de forma que a distribuição deverá atender não a um apenas, mas a uma pluralidade de critérios. É assim que se admitem também a liberdade e a riqueza como elementos a considerar na distribuição política, reconhecendo nesses termos as parciais pretensões a uma participação no governo dos pobres livres e dos poucos ricos²³⁰. Mas, mantendo que a vida boa para a comunidade como para o indivíduo é uma vida de virtude, e que assim os “melhores” contribuem mais decisivamente para um tal fim, o melhor regime, na suposição da inexistência de um “deus entre os homens”, não será uma *politeia*, mas uma aristocracia sob a lei constituída também na forma de um regime misto²³¹. Se o governo absolutamente melhor é de fato o governo soberano da virtude transcendente, o praticamente melhor é o governo consentido, sob a lei, dos “melhores”, com uma moderada participação das massas²³². O que realmente diferencia um tal regime da *politeia* é o reconhecimento da pretensão dos *aristoi*, ao lado da consideração, para fins distributivos, de uma ou de ambas as demais pretensões encontradas por Aristóteles conforme às várias contribuições para o fim da *polis*. Esse conjunto reconhecimento é já suficiente para caracterizar uma

²²⁹ A este propósito, v. W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 94-6.

²³⁰ Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., p. 349; W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 260-2.

²³¹ Conforme explica Newman, as “segundas melhores” constituições são mistas. Uma vez que o governo absoluto da virtude transcendente, na forma de uma verdadeira monarquia ou da melhor ou mais verdadeira aristocracia, não está a nosso alcance, a melhor alternativa, quando as circunstâncias autorizem, consiste na atribuição partilhada do governo aos bons, aos ricos e aos nascidos livres, e sendo assim a solução representada pela *politeia* – o governo dos ricos e livres com a predominância da classe média – não passa da “próxima melhor” alternativa (W. L. Newman, “The constitutions dealt with by Aristotle in the Politics”, op. cit., pp. XVII/XVIII). À parte a “mais verdadeira” constituição, a preferência de Aristóteles recai, portanto, sobre uma aristocracia de segundo nível, constituída sob a forma de um regime misto em que os *aristoi* tenham alguma participação, diversamente do que ocorre com a *politeia*, em que apenas tem lugar uma forma inferior ou imperfeita de virtude (W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 264/5, 497/8 e 510/11).

²³² Leo Strauss, *Natural right and history*, op. cit., pp. 142/3.

aristocracia e elevar a constituição na escala aristotélica dos regimes políticos²³³. Cabe, porém, perguntar qual deveria ser a específica participação dos “melhores” num tal regime. Essa questão se encontra diretamente vinculada à resposta de Aristóteles para o problema da adequada participação dos “muitos”²³⁴. A discussão que a esse propósito encontramos no livro III da *Política* sugere que mesmo numa aristocracia a integralidade do corpo dos cidadãos deveria vir chamada a deliberar para o fim de eleger os magistrados e julgá-los ao final dos mandatos, pois o povo reunido, ao menos se não estiver demasiado aviltado em seu caráter, demonstra uma boa capacidade de discernimento, e é capaz de julgar seus governantes da mesma forma como o morador de uma casa ou o amante da música são capazes de julgar o trabalho do construtor ou a obra do compositor. As magistraturas devem, contudo, ser confiadas aos melhores cidadãos, e não apenas aos mais abastados. É nesta combinação de um elemento democrático – eleição e julgamento dos magistrados pelo corpo dos cidadãos – com um elemento aristocrático – escolha dos magistrados dentre os melhores cidadãos – que Aristóteles vê a chave para um regime tão próximo do melhor – uma aristocracia formada por todo um corpo de bons cidadãos simultaneamente qualificados como homens bons (*spoudaioi*) – que chega a mercer o mesmo nome²³⁵. Se não há em cada *polis* senão uns poucos homens verdadeiramente virtuosos, será impossível constituir toda uma comunidade de *spoudaioi*, mas nem por isso fica obstada a condução dos “melhores” às magistraturas. E se esses autênticos *aristoi* de fato assumirem o governo da comunidade por escolha e com o consentimento dos “muitos”, efetivamente teremos, pensa Aristóteles, a maior aproximação possível da mais verdadeira constituição – uma aristocracia imperfeita, mas ainda assim orientada à vida boa e constituída conforme à justiça absoluta, porquanto o seu decisivo critério é a virtude.

Temos assim a proposta de Aristóteles para a organização de um regime que queira atender maximamente às exigências do seu elevadíssimo *standard*. Mas para que esta apreciação do contributo de Aristóteles sirva ao nosso propósito investigativo e evidencie a novidade representada pelo pensamento político moderno, resta ainda salientar que a sugestão de um determinado ou mesmo de

²³³ Aristóteles, *Política*, IV, 7, 1293b14-18; IV, 8, 1294a23-25.

²³⁴ A propósito desta discussão, v. W. L. Newman, *The Politics of Aristotle*, v. I, op. cit., pp. 254-9.

²³⁵ Aristóteles, *Política*, III, 11, 1281a40 e ss.; III, 15, 1286b2-5; IV, 7, 1293b1-7; IV, 7, 1293b7-19; IV, 14, 1298b5-8; IV, 8, 1294a9-10.

vários arranjos institucionais adaptáveis às variadas circunstâncias não esgota a tarefa da filosofia política clássica, porque não aparece aqui, como aparecerá mais tarde, a confiança numa apropriada organização das magistraturas como garantia suficiente de um bom regime. O que distingue as constituições normais das perversões não é de maneira nenhuma a ordenação das magistraturas, embora uma boa ordenação possa acabar por retificar o regime. E é por isso que também ao tratar da aristocracia que vimos considerando Aristóteles lembra a importância de manter as leis na soberania, com a ressalva de que uma aristocracia merecedora do nome terá de dar primazia aos “melhores”, com o consentimento e uma limitada participação dos “muitos”, mas sempre sob a autoridade final de leis justas. Uma cidade não pode ser governada aristocraticamente sem uma boa legislação (*eunomia*). Vale então, também aqui, a regra de que a soberania deve ser recusada a quem quer que tenha a pretensão a governar e vir assim reservada a um corpo de leis “corretamente constituídas”. Mesmo quando os *aristoi* deem o tom, como numa aristocracia constituída sob a forma de um governo misto, importa que as leis tenham a supremacia e sejam as melhores não *para alguém* mas *absolutamente*²³⁶.

Como em Platão, a verdade permerá a realidade política se a comunidade se mantiver sob a autoridade de boas leis e se confiar o governo aos “melhores”, com uma apenas limitada participação dos “muitos”. A verdade não é aqui, porém, um corpo de proposições sobre um objeto imanente ao mundo; é antes, como também para Platão, o *summum bonum* transcendente ao mundo, experienciado em abertura como uma força ordenadora da alma²³⁷. Na filosofia política clássica, o belo, o bom, o justo e outros análogos são categorias que expressam o reconhecimento da existência de uma ordem de validade trascendente, e não os resultados ocasionais de uma convenção ou as aquisições de alguma forma obtidas por um homem fechado na experimentação imanentista das coisas meramente humanas. A experiência em abertura daquelas “coisas divinas” forma por sua vez a alma humana e, por meio da participação da alma assim formada na legislação e no governo da *polis*, a verdade penetra a realidade política histórica.

²³⁶ Aristóteles, *Política*, IV, 8, 1294a1-9; IV, 8, 1294a8-9.

²³⁷ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 362/3.

O objetivo da legislação aristotélica é, com efeito, a felicidade (*eudaimonia*) e consequentemente a virtude²³⁸, e como a virtude é o *telos* constitutivo da vida boa da *polis*²³⁹, a lei tem parte na atualização da sua essência²⁴⁰. Mas para isso a lei deve verdadeiramente participar no intelecto (*nous*) e na prudência (*phronesis*), só se mostrando realmente possível uma tal participação se o legislador é ele mesmo um *spoudaios*, um *phrónimos* que por isso *sabe* como conceber instituições que tenham o resultado de assegurar a predominância social da excelência humana que ele mesmo representa²⁴¹. A própria *episteme politike* aristotélica é a rigor uma ciência prudencial nomotética²⁴², um corpo de conhecimentos práticos para o legislador (*nomothetes*), e assim é o próprio Aristóteles quem se torna o professor dos legisladores, com vistas a uma máxima atualização da verdadeira *polis*, considerada, porém, a resistência da realidade política histórica, a exemplo do papel cumprido pelo estrangeiro atenisense nas *Leis* de Platão²⁴³. Mas Aristóteles, como Platão, sabe que não basta dar à *polis* as melhores leis. É essencial que mesmo as melhores leis sejam administradas pelos “melhores”. Afinal, a existência mesma de uma boa sociedade depende da predominância social de um grupo de homens nos quais as excelências éticas e dianoéticas estejam atualizadas, e que sejam, portanto, a “norma e medida” no sentido aristotélico²⁴⁴. Parece realmente a Aristóteles que a *polis* será mais perfeitamente ordenada quando o corpo governante for mais estritamente confinado ao cuidado de homens virtuosos²⁴⁵. Além disso, a justiça mesma da *polis* depende da atualização da natureza humana,

²³⁸ Aristóteles, *Política*, VII, 2, 1325a7-10; VII, 14, 1333a14-16. Eis, aliás, a diferença entre a lei moderna e a lei que os clássicos queriam ver no governo: “The true State aims, not at preventing its citizens from doing evil to one another, but at preventing them from being evil or in any way disposed to evil: its law is no guarantor of men’s rights as against one another, but a maker of goodness and righteousness among men” (Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, op. cit., p. 282).

²³⁹ Aristóteles, *Política*, VII, 9, 1328b34-36.

²⁴⁰ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 323/4.

²⁴¹ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 302/3.

²⁴² Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., p. 298. Aristóteles encontra de fato na ciência política uma disposição do mesmo tipo da prudência, pois em última instância também a ciência política visa à *praxis*. Trata-se, porém, de uma prudência arquetônica ou nomotética, que como tal recai sobre o universal, distinguindo-se por isso das variações da prudência que recaem sobre o individual, ou seja, da prudência que se refere às próprias ações do indivíduo, da prudência doméstica e da prudência política deliberativa e judicial (Aristóteles, *EN*, VI, 8, 1141b22 e ss.).

²⁴³ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 282/3. Note-se a esse respeito que, conforme Voegelin esclarece, o objeto dos Livros VII e VIII da *Política* não é senão um esboço das leis apropriadas para uma *polis* ajustada à antropologia filosófica aristotélica (idem, pp. 295/6).

²⁴⁴ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., p. 302.

²⁴⁵ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 330/1.

e por isso o problema da ordem justa só pode ser resolvido se não apenas forem boas e justas as suas leis, mas também e especialmente se os cidadãos de mais destacada virtude forem incluídos no arranjo constitucional²⁴⁶ e tiverem uma certa predominância na condução da vida da comunidade, inclusive para o fim de administrarem as leis com equidade²⁴⁷.

4. Conclusão: a proposta político-filosófica clássica para uma (limitada) articulação do *logos* na realidade

Em vez de operar uma ruptura relativamente ao empreendimento político-filosófico platônico, a *episteme politike* de Aristóteles realiza o projeto de uma ciência

²⁴⁶ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 338/9.

²⁴⁷ É assim que vemos na filosofia política clássica preponderar a sabedoria sobre o consenso, com a consagração de uma específica e qualificada versão do *rule of law* tendente, porém, a reconciliar as opostas exigências do consenso e da sabedoria – aquela versão, como temos tentado demonstrar, que propõe a soberania consentida de leis verdadeiras administradas por homens prudentes como o prescrito sucedâneo do governo livre e absoluto da sabedoria transcendente. Convém novamente reproduzir, por sua precisão, a síntese de Leo Strauss do argumento que conduz à defesa de um tal sucedâneo não apenas como alternativa ao regime absolutamente melhor mas também como a melhor garantia contra a articulação histórica do seu exato oposto, ou seja, da tirania normalmente resultante da nociva influência do demagogo na democracia extrema: “The best regime is that in which the best men habitually rule, or aristocracy. Goodness is, if not identical with wisdom, at any rate dependent on wisdom: the best regime would seem to be the rule of the wise. In fact, wisdom appeared to the classics as that title to rule which is highest according to nature. It would be absurd to hamper the free flow of wisdom by any regulations; hence the rule of the wise must be absolute rule [...]. Yet this solution, which at first glance seems to be the only just solution for a society in which there are wise men, is, as a rule, impracticable. The few wise cannot rule the many unwise by force. The unwise multitude must recognize the wise as wise and obey them freely because of their wisdom. But the ability of the wise to persuade the unwise is extremely limited [...]. Therefore, it is extremely unlikely that the conditions required for the rule of the wise will ever be met. What is more likely to happen is that an unwise man [o demagogo], appealing to the natural right of wisdom and catering to the lowest desires of the many, will persuade the multitude of his right: the prospects for tyranny are brighter than those for rule of the wise. This being the case, the natural right of the wise must be questioned, and the indispensable requirement for wisdom must be qualified by the requirement for consent. The political problem consists in reconciling the requirement for wisdom with the requirement for consent. But whereas, from the point of view of egalitarian natural right, consent takes precedence over wisdom, from the point of view of classic natural right, wisdom takes precedence over consent. According to the classics, the best way of meeting these two entirely different requirements – that for wisdom and that for consent or for freedom – would be that a wise legislator frame a code which the citizen body, duly persuaded, freely adopts. That code, which is, as it were, the embodiment of wisdom, must be as little subject to alteration as possible; the rule of law is to take the place of the rule of men, however wise. The administration of the law must be intrusted to a type of man who is most likely to administer it equitably, i.e., in the spirit of the wise legislator, or to ‘complete’ the law according to the requirements of circumstances which the legislator could not have foreseen. The classics held that this type of man is the gentleman. The gentleman is not identical with the wise man. He is the political reflection, or imitation, of the wise man... To summarize, one may say that it is characteristic of the classic natural right teaching to culminate in a twofold answer to the question of the best regime: the simply best regime would be the absolute rule of the wise; the practically best regime is the rule, under law, of gentlemen, or the mixed regime” (Leo Strauss, *Natural right and history*, op. cit., pp. 140-3).

prudencial arquitetônica ou nomotética cujo propósito é ainda a articulação do *logos* na realidade²⁴⁸, por meio, primeiramente, de um legislador que tenha atualizado em si mesmo as virtudes éticas e dianoéticas, e depois mediante uma efetiva participação nas magistraturas dos melhores cidadãos. Pode-se então dizer, em síntese, que, diversamente do que ocorrerá mais tarde com a emergência da filosofia política moderna, o pensamento político clássico postula a existência de uma ordem não estatal de validade material que forma a alma humana em abertura para a transcendência e permeia a realidade política por meio da participação da razão na legislação e no governo.

Mas não é só nisso que a filosofia política clássica se diferencia da sua contraparte moderna, porquanto vai aqui também reconhecida a impossibilidade de eliminar a tensão entre a ordem verdadeira e a realidade política histórica. Tanto Platão quanto Aristóteles se resignam a uma mais ou menos atenuada conformação das circunstâncias históricas às aquisições obtidas pela especulação filosófica, e se veem portanto satisfeitos com a manutenção histórica de leis e regimes políticos que operem como sucedâneos da constituição verdadeira e do governo absoluto do *logos basilikos* ou da virtude transcendente. A tensão entre a verdade da alma e a atualidade política não é suprimida nem teórica nem praticamente, mas antes os seus dois pólos vão de alguma forma articulados, e tanto é assim que as *Leis* e mais ainda a *Política* acabam por prescrever arranjos constitucionais e critérios legais cuja adoção supostamente viabilizaria uma modesta aproximação entre a ordem verdadeira e as atuais, sem, contudo, jamais propiciarem uma inteira realização na história dos arquétipos alcançados pela via especulativa²⁴⁹. O governo misto sob uma lei verdadeira ou justa guardada pelo Conselho Noturno ou administrada pelos *aristoi* é a solução de compromisso com aquela tensão.

²⁴⁸ Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 300/1.

²⁴⁹ Note-se, porém, que a atualização do melhor regime, em razão da sua estrita conformidade à natureza humana, não é considerada impossível, embora seja de fato extremamente improvável, não apenas por supor a atualização e ter em vista a *perfeição* da natureza humana, mas por requerer ainda outras condições inteiramente favoráveis que raramente se encontram reunidas, de forma que mesmo o melhor regime só seria legítimo quando as circunstâncias fossem integralmente propícias e adequadas à sua implantação, podendo ocorrer de isto jamais se verificar, hipótese em que vai admitida a legitimidade de uma variedade de regimes imperfeitos, sempre mantida, contudo, a diferenciação entre os imperfeitos justos ou retos e as correspondentes perversões (v., nesse sentido, Leo Strauss, *Natural right and history*, op. cit., pp. 139/40).

Precisamente por manterem os *standards* elevados, os fundadores da filosofia política clássica renunciaram à esperança da sua plena atualização circunstancial, sem contudo abandonarem o projeto de uma filosofia política de índole prática capaz de oferecer os meios terapêuticos para uma limitada conformação da realidade política histórica àqueles mesmos *standards*. Por isso, os regimes que propõem na crença da sua prática viabilidade são ordens políticas configuradas de modo a que a sabedoria, a virtude, a prudência, tenham pelo menos algum espaço e uma relativa primazia na condução dos assuntos comunitários – pois só verdadeiramente assim vai mantida a abertura da própria comunidade política para a fonte transcendente da ordem que a mesma comunidade realiza imperfeitamente na história. Platão e Aristóteles sabem, com efeito, e nas palavras de Leo Strauss, que a esfera política não é inqualificavelmente fechada ao todo – ambos de fato concordam que a *polis* é tanto aberta quanto fechada ao todo²⁵⁰. Ocorre que a alma humana é a única parte do todo verdadeiramente aberta ao todo²⁵¹, e se é mesmo assim a abertura da *polis* só é possível mediante a participação, seja na legislação ou nas magistraturas, de homens que tenham formado a sua própria alma em abertura para a transcendência. É por sua vez na atividade do *nous* que o homem se abre aos primeiros princípios e às coisas divinas, e é somente por meio de uma tal abertura que o homem pode formar a própria alma, se tornando ele mesmo a fonte da ordem na sociedade, na medida ao menos em que esteja ao seu alcance permear de verdade a realidade política histórica. A fonte da ordem é, portanto, a comum participação no *nous* divino, e é assim que Voegelin acabará por concluir que a ordem justa será realizada na sociedade no grau em que a ordem noética se atualize nas almas dos homens que nela vivem, mas especialmente nas daqueles que a governam²⁵². Se, contudo, a comum participação no *nous* divino é a fonte da ordem na sociedade, jamais poderá ter o homem qualquer esperança em uma perfeita atualização da ordem verdadeira, pois aquela humana participação nas coisas divinas é essencialmente limitada pela humanidade do homem. O nosso é de fato, e bem o sabiam Platão e Aristóteles, um ser intermediário: participamos no divino por meio da parte divina que há em nós, sendo nós, porém, apenas partes do todo. A participação que nos é permitida é tão-só

²⁵⁰ Leo Strauss, *The city and man*, op. cit., pp. 28/9.

²⁵¹ Leo Strauss, “What is political philosophy?”, op. cit., pp. 38/9.

²⁵² Voegelin, *Order and history*, v. 3, op. cit., pp. 306/7, 320/1 e 356/7.

aquela participação que está ao alcance da parte aberta ao todo, e assim *para* o problema do fundamento, sem ser, porém, o próprio todo ou o seu fundamento. Abertura para a totalidade de uma parte *do* todo participante *no* todo – eis a condição especificamente humana pressuposta pela filosofia política clássica, e a razão decisiva da atitude de Platão e Aristóteles relativamente ao problema da ordem verdadeira no confronto com a realidade política histórica. A falta de atualidade e ao mesmo tempo a superioridade do melhor regime tem a sua razão última na natureza dual do homem, no fato de que o homem é, conforme asseverou Leo Strauss, um *in-between being*, entre os brutos e os deuses²⁵³. Ora, se somos seres intermediários entre os deuses e as bestas, e se a nossa participação nas coisas divinas é conseqüentemente possível, mas ao mesmo tempo limitada, a solução para o problema político só poderá consistir numa moderada mas ainda assim confiante tentativa de permear a realidade política com as aquisições que somos capazes de alcançar em abertura para o todo, sem contudo jamais pretendermos realizar inteiramente neste mundo uma ordem perfeita, porquanto isso só seria realmente possível a “deuses ou filhos de deuses”. É então na manutenção da abertura para uma ordem de validade fundamentante cuja plena realização não podemos esperar nem devemos tentar que vamos encontrar a chave para a articulação humanamente possível de um modo político de existência histórica maximamente aderente ao modo de ser especificamente humano. E podemos já adiantar que é só num modo de existência política assim articulado que em nossa compreensão haverá espaço para o direito e para a estabilização histórica de uma autêntica ordem de direito. Disso, porém, os gregos não faziam ideia, porque nem sequer conheciam o direito na sua autonomia e não podiam, portanto, cogitar de que um direito em sentido próprio e a específica *praxis* da qual emerge poderiam vir a constituir uma das soluções para o problema político que tão proficientemente enfrentaram.

²⁵³ Leo Strauss, “What is political philosophy?”, op. cit., p. 33.

UMA ORDEM POLÍTICA NORMATIVAMENTE FECHADA

1. O jusnaturalismo clássico e a medieval articulação entre a *divina ratio* e a ordem política histórica

O medievo preserva a descoberta de uma ordem transcendente e mantém a diferenciação entre uma tal ordem e as ordens políticas históricas. Na era cristã, o contexto de ideias encontra-se já, porém, substancialmente alterado, pois a decisiva experiência subjacente é agora a encarnação do próprio *Logos*, com o advento de uma nova verdade, recebida por revelação. O que por ora importa, contudo, é não esta diferença, mas o acento medieval na existência de uma validade experienciada por participação na realidade divina, de forma a evidenciar a ruptura moderna com todo o pensamento político-jurídico anterior.

1.1. *Ordinatio ad unum*

A pluralidade na unidade é um dos traços marcantes do pensamento medieval. O universo é visto como um todo articulado cujas partes convergem para Deus e tem n'Ele o seu comum fundamento. Toda diversidade tem origem na unidade e à unidade se reconduz. E toda ordem consiste na subordinação da pluralidade à unidade (*ordinatio ad unum*). Também as comunidades humanas são, portanto, todos parciais integrados numa mesma unidade. Além disso, o cristianismo reorienta o homem ao apontar para um fim último situado para lá deste mundo, na eternidade, e assim os fins imediatos de todas as comunidades serão de alguma forma subordinados àquele transcendente fim último²⁵⁴. Essa comum convergência na unidade e para um mesmo fim último não impediu o pensamento medieval, contudo, de distinguir os diversos papéis da Igreja e do Estado.

²⁵⁴ Otto Gierke, *Political theories of the Middle Age*, tradução de Frederic William Maitland, Boston, Beacon Press, 1959, pp. 07 e ss.

Embora o princípio da unidade resulte na recondução da humanidade a um único *corpus mysticum*, com o implicado reconhecimento da existência de uma comunidade humana universal organizada sob uma *ecclesia universalis* ordenada para um único fim último sob o governo de Deus, a Idade Média reconhece a coexistência de duas ordens separadas, encarregadas uma da dimensão espiritual e a outra da dimensão temporal. O fim do homem é transcendente, pois o cristianismo removeu definitivamente a causa final da vida humana para além deste mundo. A realização da natureza humana já não é, com efeito, intramundana, já não se opera na imanência ou neste mundo, e a comunidade política já não terá esta completa realização sob seu encargo. Ao diferenciar nestes termos as dimensões espiritual e temporal da vida humana, subtraindo da representação temporal a responsabilidade pela realização transcendente do homem, o medieval opera uma desdivinização da ordem política²⁵⁵. Mas entre o governo temporal e a ordem eclesiástica persiste, em verdade, uma complexa e, nos pormenores, controversa relação de subordinação, pois a Igreja tem sob o seu cuidado a causa final, o fim último, enquanto o poder temporal mantém sob a sua responsabilidade fins antecedentes e, como tais, subordinados²⁵⁶. E se aquele mais elevado e último fim é confiado à Igreja e subtraído da competência das autoridades temporais, não há como não recair sobre o poder temporal uma essencial limitação intencional²⁵⁷. Esta limitação que primeiramente se traduz em termos negativos, por significar que o poder temporal não deve arrogar para si a responsabilidade pelo fim último, vai porém acompanhada de uma exigência normativa positiva: ao poder temporal será agora atribuída a responsabilidade de contribuir para a consecução do fim último, mediante a promoção de fins antecedentes que se ordenam como meios para aquela consecução. O poder temporal ver-se-á então limitado ao cuidado de fins antecedentes, mas a articulação entre esses imediatos fins e o fim último manterá a ordem política medieval subordinada a uma ordem supraestatal de validade que

²⁵⁵ Referimo-nos à desdivinização em que Voegelin emprega o termo para caracterizar o processo resultante da afirmação histórica do cristianismo: “the historical process in which [...] human existence in society became reordered through the experience of man’s destination, by the grace of the world-transcendent God, toward eternal life in beatific vision” (Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 107).

²⁵⁶ Segundo Gierke, mesmo após a tardia articulação da tese da autoridade papal sobre o governo temporal, com a reação que esta tese suscitou, os defensores da independência entre as duas esferas preservaram o princípio da unidade, pois continuaram a compreender a ordem espiritual e a ordem temporal como apenas dois distintos mas de algum modo coordenados domínios representativos de uma mesma *respublica christiana*, dotada de uma autoridade suprema em matéria espiritual e outra em matéria temporal (*Political theories of the Middle Age*, op. cit., pp. 10 e ss.).

²⁵⁷ Gierke, *Political theories of the Middle Age*, op. cit., p. 91 e nota 311.

encontra em Deus a sua fonte transcendente. Há então que esclarecer como se realiza no pensamento medieval a articulação entre uma tal ordem de validade e um poder temporal que, embora subordinado, já não tem dentre as suas tarefas, diversamente do que ocorria com a *polis* grega, a plena realização da natureza humana, mas apenas a garantia de condições ordenadas àquela realização.

1.2. A teoria tomista da lei

O problema de que nos temos ocupado é enfrentado pelo pensamento medieval por meio do simbolismo da lei natural. Apesar das variações sobre o tema, a existência de uma lei natural irradiada desde a transcendência, e a primazia e obrigatoriedade de uma tal lei *como lei*, com a conseqüente subordinação de qualquer autoridade humana e das suas leis a esta superior legalidade, é uma consensual suposição medieval. A lei natural de que aqui se trata permanece então acima de toda a *universitas mortalium* e priva de obrigatoriedade quaisquer atos que contrariem os seus princípios, autorizando qualquer magistrado a tratar como inválidas as leis que infringem a lei natural²⁵⁸. Vejamos, pois, muito sumariamente, como a versão medieval mais acabada desta peculiar forma de pensar subordina a ordem política temporal à legalidade supraestatal.

Referimo-nos, evidentemente, à teoria tomista da lei. E logo encontramos aqui a ideia de uma ordenação da pluralidade à unidade, pois também para Tomás de Aquino toda criação é governada pela razão divina e tem em Deus o seu último fim. A expressão da razão divina, na teoria tomista da lei, é a chamada *lex aeterna*, aquela *divina ratio* que governa todo o universo – *lex aeterna est ratio divinae gubernationis* – e ordena todas as coisas a Deus, o fim mesmo do governo divino²⁵⁹. Toda a criação está, portanto, sujeita à lei eterna. É logo evidente que neste contexto de ideias a lei humana só terá “razão de lei” quando for conforme à razão divina. Se dela se afastar, dir-se-á que é iníqua, mais violência do que lei. Essa relação de subordinação entre a *divina ratio* e a lei positiva vai equacionada por referência à *lex naturalis*, pois a lei natural não é senão a participação da *lex aeterna*

²⁵⁸ Gierke, *Political theories of the Middle Age*, op. cit., pp. 75 e 84, notas 256 e 290.

²⁵⁹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica* (ed. bilingüe), v. 4, tradutores vários, São Paulo, Loyola, 2005, I-II, q. 91, art. 1; q. 93, art. 1; q. 93, art. 4.

na criatura racional. Da razão divina, a razão humana, sendo limitada e imperfeita, só pode participar a seu modo e imperfeitamente; mas ainda assim, ou seja, a seu modo e imperfeitamente, nela participa, competindo então à razão humana a tarefa de permear a ordem das coisas humanas com aquela ordem de validade transcendente experienciada por meio da participação na *divina ratio*. E a *lege humana* é o privilegiado meio através do qual a *divina ratio* adentra a realidade política histórica, se e quando deriva da *lex naturalis*²⁶⁰.

Segundo Aquino, é da razão da lei humana que seja derivada da lei natural, por conclusão ou determinação. Quando nesta compreensão da lei encontramos, portanto, a afirmação de que *toda* lei humana deriva da lei natural, temos de evitar a inferência de que qualquer imposição da autoridade governante constituirá só por isso uma lei, sob o amparo da lei natural. Divergindo da concepção que prevalecerá no jusracionalismo moderno, o jusnaturalismo medieval não confere a qualquer expressão geral da vontade governante o *status* de lei, pois na afirmação de que *toda lege humana* deriva da *lex naturalis* se encontra implícita a subordinação da lei positiva a uma ordem transcendente de validade material que priva do *status* de lei a diretiva da autoridade que não concorda *em conteúdo* com a lei natural. A lei humana é verdadeiramente lei e tem razão de lei tanto quanto deriva da lei natural (*intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur*); se em algo, pois, discorda da lei natural, a diretiva da autoridade governante já não será lei, mas corrupção da lei (*legis corruptio*)²⁶¹. Em suma, toda lei positiva deriva da lei natural porque, se não derivar, lei não será, e é assim que se pode caracterizar a lei positiva do jusnaturalismo medieval por sua inserção, com as outras *leges*, “numa ordem onto-teológica e para constituírem um sistema ético-normativamente hierárquico”²⁶².

A lei positiva medieval não é, portanto, uma pura expressão da *voluntas*, nem o modo constitutivo de uma ordem de validade antes inteiramente inexistente. Além de ser regulada ou mensurada, como afirma Aquino, por uma dupla medida superior, composta pela lei divina e pela lei natural²⁶³, a lei humana é ela mesma uma

²⁶⁰ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 91, arts. 2 e 3; q. 93, arts. 3 e 4.

²⁶¹ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 95, art. 2 e 4.

²⁶² Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 500.

²⁶³ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 95, art. 3.

particular expressão da *ratio*, pois opera como regra e medida da ação e é a razão a regra e medida dos atos humanos, uma vez que é à razão que cabe ordenar ao fim, que por sua vez constitui o primeiro princípio do agir, e um fim-princípio que opera no domínio da *praxis* como *bem* e permite ver a razão prática em sua ordenação à verdade, embora à verdade na sua dimensão prática, compreendida então em termos de uma adequação não do intelecto às coisas como são, e sim à ação como deve ser em vista de um bem inscrito na ordem do ser. A lei pertence, portanto, à razão prática – é uma sua específica manifestação, ou *uma certa regra da prudência*²⁶⁴ –, e assim têm razão de lei, segundo Aquino, as proposições universais da razão prática ordenadas às ações (*propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis*)²⁶⁵. E nessa assimilação da lei à *ratio*, na sua vertente prática, o que encontramos não é senão, portanto, um lei que tem na *veritas* o seu fundamento²⁶⁶. Para que possua razão de lei com relação às coisas que são ordenadas, é necessário então que a vontade seja regulada por alguma razão, e apenas sob tal condição a vontade do príncipe terá vigor de lei; caso contrário, será mais iniquidade do que lei. A lei não é de fato outra coisa, afirma o aquinate, que o ditame da razão naquele que governa (*dictamen rationis in praesidente, quo subditi gubernantur*)²⁶⁷. Se o que Tomás de Aquino propõe pode ser, portanto, traduzido como uma espécie de *rule of law*, o sentido da expressão será o de um particular *rule of reason* – o governo de uma lei prescrita por alguém que age conforme à razão²⁶⁸, e que não constitui senão a expressão normativa do conhecimento de uma verdade de tipo prático em que o bem é o regulativo último.

E uma vez que na compreensão aristotélico-tomista da *praxis* o fim da ação é o bem, e que à razão prática cabe ordenar a ação a este fim, a lei verdadeira virá definida como uma ordenação da razão (prática) para o bem comum (*rationis ordinatio ad bonum commune*), promulgada por quem tem o cuidado da

²⁶⁴ Tomás de Aquino, *Suma teológica* (ed. bilíngue), II-II, tradutores vários, São Paulo, Loyola, 2004, q. 57, art. 1.

²⁶⁵ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 90, art. 1.

²⁶⁶ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 501.

²⁶⁷ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 90, art. 1; q. 92, art. 1.

²⁶⁸ John Finnis, *Aquinas: moral, political and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 250.

comunidade²⁶⁹. A lei pertence, conseqüentemente, à razão, e tem razão de lei se e quando ordena adequadamente a ação ao bem comum. E se em Aquino, como em Aristóteles, esse *telos* integrante da comunidade política é compreensivo – embora já não inteiramente abarcante – do bem dos seus cidadãos, permanecendo ademais a equivalência do bem à virtude absolutamente considerada, a lei será boa ou verdadeiramente será lei se ordenar as ações dos cidadãos para torná-los absolutamente bons²⁷⁰. Se, em vez de tornar os cidadãos absolutamente bons, a lei tiver o propósito de dirigir os seus atos para a utilidade ou o prazer de quem governa, tornando-os bons apenas relativamente, ou seja, em ordem a um regime orientado ao interesse do governante, faltar-lhe-á a conformidade à razão consistente na adequada orientação ao fim sem a qual não passará de uma *lex tyrannica*, não constituindo verdadeiramente uma lei em sentido próprio mas uma sua perversão – uma pura e simples *perversitas legis*²⁷¹.

1.3. A articulação da *divina ratio* na ordem política histórica

Encontramos assim rigorosamente diferenciadas no jusnaturalismo medieval uma transcendente legalidade material e a contingente legalidade estatal, com a permanente exigência de conformidade desta àquela. Já quanto ao secundário mas praticamente decisivo problema do arranjo constitucional mais conveniente ou eficaz para uma satisfatória conformação da legalidade estatal àquela transcendente ordem de validade, não encontraremos no medievo nem particularmente em Tomás de Aquino nada comparável aos esforços arquitetônicos de Platão e Aristóteles. No inacabado *De Regimine principum*, vemos retomada pelo aquinate a distinção platônico-aristotélico entre os regimes retos ou justos e os seus contrapostos perversos ou injustos, conforme sejam orientados ao bem comum ou ao interesse

²⁶⁹ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 90, art. 4.

²⁷⁰ Note-se, porém, que isso não significa que a lei humana deva preceituar sobre *todos* os atos de todas as virtudes, mas apenas sobre aqueles que são ordenáveis ao bem comum político, ou imediatamente, como quando algumas coisas se fazem diretamente em razão do bem comum, ou mediatemente, como quando são ordenadas pelo legislador algumas coisas pertencentes à boa disciplina, por meio da qual os cidadãos são formados para que conservem o bem comum da justiça e da paz (Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 96, art. 3). Quanto a essa intencional limitação que vemos assim imposta à lei humana e ao bem comum político, v. John Finnis, *Aquinas...*, pp. 222 e ss.

²⁷¹ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 92, art. 1.

particular do governante²⁷². Vemos também classificados os vários regimes em dois pares de três, composto o primeiro desses pares pelos regimes retos ou justos – o reino ou monarquia, a aristocracia e a *politia*, representativos, respectivamente, do governo de um, de poucos ou de muitos, mas mantida sempre a orientação ao fim verdadeiro –, e o segundo pelas respectivas perversões – a democracia, a oligarquia e a tirania, empregado o mesmo critério numérico para distinguir estes diversos modelos, mantidos não obstante unidos por privilegiarem todos a satisfação do interesse da parte governante, em detrimento do bem comum²⁷³. A apresentação dessa variedade de regimes não está, porém, acompanhada nem mesmo de uma tímida análise dos seus inúmeros convenientes e inconvenientes. Mesmo assim, vemos decididamente afirmada no opúsculo a superioridade do reino ou monarquia, pois, o governo de um só com vistas ao bem comum é considerado melhor para a unidade na paz e mais conforme à natureza, uma vez que todo regime natural é de um só, como em todo o universo há um só Deus, criador e regente de tudo²⁷⁴. O que, contudo, por ora importa, é a exigência que afinal faz Aquino ao verdadeiro rei, pois assim acaba por sobressair a solução proposta para o problema da articulação na realidade política histórica da ordem de validade que supera a legalidade estatal.

²⁷² Tomás de Aquino, *De Regimine principum seu De Regno ad Regem Cypri*, I, I, 4 (consultamos a tradução portuguesa na edição bilíngüe de Arlindo Veiga dos Santos, publicada no volume *Filosofia política de Santo Tomás de Aquino*, 3ª ed., São Paulo, José Bushatsky, 1954).

²⁷³ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, I, 5-6. A propósito da hierarquia desses regimes, seguindo em geral o esquema platônico-aristotélico, confira-se o cap. III, seções 14-16, do Livro I.

²⁷⁴ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, II, 8-10. Para uma melhor consideração do problema do regime preferido por Tomás de Aquino, v. Richard A. Crofts, "The common good in the political theory of Thomas Aquinas", *The Thomist* 37 (1973), pp. 161-3. Convém, aliás, lembrar, como o autor citado, e a respeito do problema do melhor regime, que na *Suma teológica* Tomás de Aquino demonstra preferir um regime misto que, embora pareça ainda constituir uma monarquia, na medida em que institui um único príncipe com poder sobre todos, contém também um elemento aristocrático, pois sob o príncipe muitos governam com poder, e um elemento democrático, evidenciado pela afirmação de que em um tal regime quem governa pode ser escolhido por todos e dentre todos. E vemos ainda aqui renovado, em defesa de um tal regime misto, o argumento aristotélico a favor da sua similar solução para o fundamental problema constitucional: por causa do grande poder que se concede ao rei, sustenta o aquinate, o reino degenera facilmente em tirania, salvo quando é perfeita a virtude do regente; e como uma tal virtude encontra-se em poucos, o melhor é um governo bem combinado – porventura uma monarquia limitada (Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 105, art. 1). Gierke salienta, aliás, que a monarquia é a opção medieval por excelência, em razão do princípio da unidade, mas que no medievo a preferência recai sempre por uma monarquia limitada, em que um monarca vinculado aos súditos por relações propriamente jurídicas estabelecendo direitos e deveres recíprocos tem a tarefa de perseguir o bem comum, a paz, a justiça e a maior liberdade para todos, pois do contrário a monarquia degenera em tirania. A doutrina do incondicional dever de obediência é totalmente estranha à Idade Média; antes pelo contrário, todo dever de obediência era condicionado à correção do comando. Que qualquer indivíduo deveria obedecer a Deus antes que a qualquer superior terreno parecia, segundo Gierke, uma verdade absolutamente indisputável (*Political theories of the Middle Age*, op. cit., pp. 31 e ss.).

Deparamo-nos no *De Regimine principum*, como nas obras políticas de Platão e Aristóteles, com a reafirmação da superioridade do governo da razão. Em nada difere o homem da besta, sustenta o aquinate, se governa sem a razão e segundo as paixões²⁷⁵. O governo do homem é similar ao governo de Deus sobre todo o mundo e constitui, portanto, um *minor mundus* governado pela razão à semelhança do governo de Deus sobre toda a criação. No homem, a razão governa como Deus ao mundo. E o rei, para não degenerar em tirano, deve ser no reino como a alma no corpo e Deus para o mundo, exercendo, em lugar de Deus, o seu juízo (*iudicium*)²⁷⁶. Ora, sabemos que em Tomás de Aquino, como em Aristóteles, governar com a razão é o mesmo que governar para o bem, pois, nessa compreensão, o bem tem razão de fim (*bonum habet rationem finis*)²⁷⁷, e assim o primeiro princípio da razão prática e, conseqüentemente, da lei natural – sendo a lei um preceito da razão prática – é: “o bem deve ser feito e procurado, e o mal evitado” (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*)²⁷⁸. Rei, portanto, é somente o governante que atende a esta exigência, governando efetivamente para o bem comum e não para o próprio interesse²⁷⁹. Vimos que na filosofia política clássica essa exigência se traduz na demanda que lá se faz ao governante para que promova a virtude dos cidadãos. Em Tomás de Aquino é também a virtude o fim próprio da comunidade política, e portanto o conteúdo do bem comum político. Mas como agora a vida humana é posta sob a eternidade, ou na perspectiva da transcendência, com o deslocamento do fim último para além de uma qualquer realização imanente, e, na suposição de que aquele último fim já não constitui o específico encargo da representação temporal, a identificação do fim do governo político com a virtude terá de receber uma ulterior qualificação. Deus é agora o fim de todas as coisas, e o homem deparar-se-á portanto com um fim fora de si, a saber, com um bem exterior consistente na última bem-aventurança que espera, após a morte, no gozo de Deus. Para alcançar este fim o homem precisa de um cuidado

²⁷⁵ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, III, 19.

²⁷⁶ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, XII, 53-54.

²⁷⁷ E daí a ponto de Carpintero consistentemente afirmar que, no pensamento de Tomás de Aquino, Deus, Ele mesmo o fim último, governa o mundo mais por fins do que por meio de normas (*Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Colex, 2000, p. 46).

²⁷⁸ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 94, art. 2.

²⁷⁹ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, I, 6.

espiritual proporcionado aos fiéis pelos ministros da Igreja de Cristo²⁸⁰. A vida virtuosa, e não simplesmente a vida, permanece, pois, o fim da sociedade política, mas a virtude que neste diferenciado contexto compete à ordem temporal promover é ordenada como meio à fruição divina. O fim que a filosofia política medieval, aqui exemplarmente representada por Aquino, atribui ao poder temporal, é de fato inserido numa cadeia de fins e, nesta ordenação de fins imediatos ao fim último da bem-aventurança celestial, aparece apenas como um fim antecedente. À vida que no céu esperamos se ordena a vida boa que aqui vivemos. A representação temporal e a representação espiritual ver-se-ão, portanto, funcionalmente distinguidas mas teleologicamente articuladas: ao poder temporal pertence o trato do fim antecedente – a vida conforme à virtude –, enquanto aos ministros de Cristo cabe o cuidado espiritual para a beatitude celeste pela divina graça²⁸¹. No

²⁸⁰ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, XIV, 59.

²⁸¹ V. a este propósito Richard A. Crofts, “The common good...”, op. cit., pp. 158/9. O problema desta complexa articulação entre um fim último transcendente à ordem política e fins antecedentes entregues à responsabilidade da comunidade política é um dos tópicos sempre presentes no debate acerca da compreensão tomista do bem comum, especialmente porque releva saber se, afinal, o bem do indivíduo transcende o bem comum político. É conhecida a posição personalista de Jaques Maritain: em razão de sua ordenação ao absoluto, e pelo fato de ser chamada a um destino superior ao tempo, noutros termos segundo as exigências mais elevadas da personalidade como tal, a pessoa humana, como totalidade espiritual referida ao “Todo” transcendente, sobrepassa todas as sociedades temporais e é a elas superior; a própria sociedade e o seu bem comum são, portanto, indiretamente subordinados à realização perfeita da pessoa e das suas aspirações supratemporais, como a um fim de uma outra ordem, que lhes transcende. Isso não importa, contudo, uma pura instrumentalização do bem comum político, pois permanece subordinado à ordem dos bens eternos e aos valores supratemporais não como puro meio mas como fim intermediário (Jaques Maritain, *La persona e il bene comune*, 11ª ed., tradução de Matilde Mazzolani, Brescia, Morcelliana, 1998, pp. 37/8). Invocando, porém, uma passagem da *Suma contra os gentios* em que o bem comum em referência é Deus, Richard A. Crofts sustenta que o bem comum é “the perfection or achievement of individual man, according to his nature, in relationship to the supreme good, which is God” (“The common good...”, op. cit., p. 165). Não haveria então relação de subordinação entre o bem comum e o bem individual, mas porque aí já não se trata do bem comum político, mas de um bem comum de estatura superior que de fato transcende o primeiro. Mais recentemente, Gregory Froelich defendeu que o bem comum em Tomás de Aquino deve ser compreendido *per modum causae*, como uma comunidade de causa final ou um fim comum, e que nestes termos, ou seja, como bem comum *causalitate causae finalis*, não se opõe ao bem individual por ser ao mesmo tempo individual e comum (“The equivocal status of *bonum commune*”, *New Scholasticism* 63 [1989], pp. 47 e ss.). Outra atual mas relacionada polêmica concernente ao bem comum tomista diz respeito ao estatuto do bem comum político, e particularmente à questão de se um tal bem comum, considerado ao menos no sentido mais estritamente político, é, conforme sustenta John Finnis, instrumental relativamente aos seus vários “basic human goods” (*Aquinas...*, op. cit., esp. pp. 238/9 e 245-52), ou um bem básico em si mesmo, como defende Lawrence Dewan em um extenso ensaio dedicado à refutação daquela interpretação, com base no argumento de que o homem é naturalmente inclinado à vida política, constituindo a sociedade política, portanto, e na própria linguagem de Finnis, um “basic human good”, estando ademais o desenvolvimento da virtude erigido à condição de específico fim do legislador, razão pela qual, apesar de Tomás de Aquino limitar a atividade do legislador e assim o bem comum político à promoção apenas da virtude humana, o autor vê em tais limites tão-só uma exigência do próprio desenvolvimento da virtude, além de uma implicação da existência de um mais abrangente bem comum compreensivo de toda a criação, como o mencionado por Richard A. Crofts, e não de

encerramento do opúsculo político de Tomás de Aquino encontramos então a conclusão de que, sendo a beatitude eterna o fim da vida bem vivida, pertence à função régia procurar para a multidão uma vida boa, segundo convém à beatitude da vida celestial, isto é, preceituando o que leva à bem-aventurança celeste e interdizendo o contrário²⁸². Mas o caminho para a verdadeira beatitude e os impedimentos a um pleno gozo de Deus são conhecidos pela lei divina. Deve o autêntico rei, portanto, instruir-se na lei divina e esforçar-se precipuamente para a promoção de uma vida terrena conducente à beatitude eterna, nos termos da lei divina²⁸³. O governante terá ademais de ser verdadeiramente virtuoso, para assim

uma suposta primazia do bem privado ou individual (“St. Thomas, John Finnis, and the political good”, *The Thomist* 64 [2000], *passim*).

²⁸² Convém reiterar que esta expressa ordenação do poder temporal à vida boa não significa que o governo e a lei humana devam necessariamente preceituar todos os atos de todas as virtudes. Considerando a articulação tomista entre a ordem espiritual e a ordem temporal, Finnis sustenta, com efeito, que a responsabilidade aí atribuída ao poder político não é a de levar as pessoas “to the fullness of virtue by coercively restraining them from every immorality”; segundo sustenta, a tarefa confiada por Tomás de Aquino ao poder político não é mais do que a de levar as pessoas “to those virtuous actions which are required if the public weal is not to be neglected, and of upholding peace against unjust violations” (*Aquinas...*, op. cit., pp. 230/1). E embora uma tal interpretação tenha suficiente apoio textual, sendo aparentemente correta, a filosofia tomista não parece autorizar a conclusão que John Finnis dela extrai, ao afirmar que a promoção da virtude é prescrita apenas como um meio ou condição para a garantia da paz e da justiça constitutivas de um limitado e instrumental bem comum político (*Aquinas...*, op. cit., pp. 232-4). Tudo indica, ao contrário, que procede a crítica de Dewan quando sustenta, contra Finnis, que para Aquino a virtude é o fim próprio da comunidade política, embora isto não signifique, como já sublinhamos, que o poder político deva impor todos os atos de todas as virtudes e proibir correspondentemente todos os vícios. Segundo o autor citado, é certo que o legislador deve observar certos limites, mas mesmo estes limites que a legislação deve observar são uma “*ad finem* situation relative to virtue”, ou seja, um conjunto de limites impostos precisamente para que a promoção da virtude seja convenientemente lograda (“St. Thomas, John Finnis, and the political good”, op. cit., p. 348), até porque, como sustenta Tomás de Aquino na resposta à segunda objeção enfrentada na q. 96, art. 2, da *Suma*, a lei humana deve induzir os homens à virtude não de súbito, mas gradualmente (*non subito, sed gradatim*), o que parece suportar, em harmonia aliás com a distinção tomista entre a virtude – o fim do preceito legal – e o que conduz ou dispõe para a virtude, a saber, o ato de virtude – aquilo a respeito de que o preceito legal é dado (Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 100, art. 9, ad. 2) –, a sintética resposta do crítico de Finnis para o problema do fim da lei humana: “virtue is the goal, and the act of the virtue is the means. Still, city living embues the hole community with order towards virtue” (Dewan, “St. Thomas, John Finnis, and the political good”, op. cit., p. 361).

²⁸³ Tomás de Aquino, *De Regimine principum...*, I, XIV, 60-65. Também na *Suma* vai inequivocamente afirmada esta necessária participação do governante na *divina ratio*, cuja expressão, como vimos, é a *lex aeterna*: “como a lei eterna é a razão de governo no governante supremo, é necessário que todas as razões de governo que estão nos governantes inferiores derivem da lei eterna” (Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 93, art. 3). Tomás de Aquino dá, portanto, contornos filosóficos à ideia de uma exigida participação do governante na *divina ratio*, mas importa lembrar que a sua é uma construção representativa não apenas do seu próprio modo de ver o poder temporal, mas de toda a compreensão tipicamente medieval da relação entre o governo político e o governo por Deus de toda criação. Isso pode ser visto mais tarde no desfecho da *Monarchia* de Dante. A respeito do problema de se a autoridade do monarca depende afinal diretamente de Deus ou de algum outro, Dante conclui que, sendo a felicidade terrena de algum modo ordenada à felicidade eterna, César deve se voltar a Pedro com aquele respeito que o filho primogênito deve ao pai, para que, iluminado pela graça da sua luz, possa irradiá-la com mais eficácia sobre a esfera terrena na qual fora posto por aquele único governante de todas as coisas espirituais e temporais (*Monarchia*, livro III, cap. XV, *in fine*).

conduzir os seus súditos à virtude²⁸⁴, e incorporar uma específica prudência – a chamada *prudencia politica* ou *regnativa* ordenada *ad bonnum commune civitatis vel regni* –, pois, afinal, à prudência compete reger e comandar, dirigir e governar, dado que é a reta razão concernente à *praxis (recta ratio agibilium)*²⁸⁵. Quanto a este ponto a especulação tomista não deixa dúvidas, como confirma o tratado da prudência, no art. 12 da questão 47: “A prudência está na razão. Ora, dirigir e governar pertence propriamente à razão. É por isso que convém a cada um possuir a [reta] razão e a prudência enquanto participa da razão e do governo”²⁸⁶.

Vimos como a lei humana aparece na filosofia tomista como o modo privilegiado de articulação na ordem política das exigências da lei divina, restando agora também evidente que o pensamento político tomista, representativo do modo medieval de ver as coisas, privilegia um governo por quem, instruído na verdade em abertura para a transcendência, seja capaz de permear a realidade política histórica com as exigências normativas de uma superior ordem de validade material. Esta supraestatal ordem de validade é ela mesma a expressão de uma *ratio* que adentra a ordem política por meio de uma lei obtida por participação naquela *ratio* e de um governo exercido por quem tenha a alma adequadamente formada, em decorrência de uma análoga participação. E é desta suposição da existência de uma tal ordem supraestatal de validade material, e bem assim da exigência de que o governo seja exercido sob uma *lex naturalis* que expressa exigências normativas indisponíveis, por homens formados em abertura para aquela mesma ordem de validade, e mediante uma lei humana a ela materialmente conforme, para que a verdade da normatividade a que todos estão sujeitos penetre a realidade política histórica, que veremos a modernidade se afastar.

²⁸⁴ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, op. cit., q. 92, art. 1.

²⁸⁵ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 47, arts. 2, 8, 11 e 12, e q. 50, art. 1. Acerca da prudência política, v. Dewan, “St. Thomas, John Finnis, and the political good”, op. cit., pp. 353 e ss.

²⁸⁶ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 47, art. 12 (citamos conforme à tradução brasileira, *Suma teológica*, v. 5, São Paulo, Loyola, 2004, p. 605, colocando porém o termo “reta” entre colchetes, pois não consta no original latino).

2. A transição moderna para uma ordem normativamente fechada

Vimos que a afirmação histórica do cristianismo provocou uma radical desdivinização da sociedade política, com uma conseqüente distinção entre as esferas temporal e espiritual. O que diversamente assistimos na modernidade é uma peculiar e cada vez mais agravada redivinização da sociedade política, e uma provavelmente inédita divinização do homem. Esse processo teve origem no próprio seio do cristianismo e resultou de uma tendência para uma “imanentização do *escathon*”²⁸⁷. Com Agostinho se havia consagrado a tradicional compreensão cristã da história, segundo a qual o fim último transcende ao mundo e não se realizará imanentemente. Mas uma nova e concorrente escatologia tentou dar sentido ao curso imanente da história situando no mundo mesmo a realização escatológica. Esta imanente realização viria, porém, provocada por uma nova irrupção transcendental do Espírito, pois permanecemos ainda, afinal, no contexto da escatologia cristã. Ocorre que assim iniciou-se um longo e complexo processo que no século XVIII, afirmada já a ideia de “progresso”, culminaria na atribuição de um sentido à história, considerada agora como um fenômeno inteiramente intramundano, sem irrupções transcendentais. O que se esperava ganhar com uma tal atribuição de sentido à história imanente era precisamente aquilo que o homem moderno desejava, e que a fé não poderia prover, ou seja, a certeza epistemológica da qual a desdivinização da esfera temporal antes o privara²⁸⁸. É a essa atitude que Voegelin designa *gnosticismo*. São, claro, diversas as variedades gnósticas²⁸⁹, mas em todos os casos trata-se de substituir uma ordem transcendente por uma ordem inteiramente imanente ao mundo e cuja realização vai posta ao alcance da ação

²⁸⁷ O que segue, com o propósito de esclarecer esse processo e contextualizar a transição do pensamento político medieval para o moderno, é apenas uma síntese muito apertada do sofisticado argumento desenvolvido por Voegelin no cap. IV de *The new science...*, op. cit., pp. 107 e ss.

²⁸⁸ Para uma melhor consideração destas razões da expansão no alto medievo da “tentação da queda da verdade incerta para a não-verdade certa”, confira-se Eric Voegelin, *Ciência, política e gnose*, tradução de Alexandre Franco de Sá, Coimbra, Ariadne, 2005, pp. 116 e ss.

²⁸⁹ A gnose pode ser, com efeito, primariamente intelectual, e assumir a forma de uma penetração especulativa no mistério da criação e da existência, como na gnose especulativa de Hegel ou Schelling; pode ser diversamente emocional, e assumir a forma de uma vivência pela alma humana da substância divina, como nos paracléticos líderes sectários; ou pode ainda ser volitiva, e assumir a forma de uma ativista redenção do homem e da sociedade, como no exemplo de revolucionários ativistas como Comte, Marx ou Hitler (Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 124).

humana²⁹⁰. Essas várias experiências gnósticas são o núcleo da redivinização da sociedade, pois, conforme susenta Voegelin, os homens que caem nessas experiências acabam por divinizar-se a si mesmos, tudo culminando afinal na anunciada morte de Deus e no afastamento do homem da fonte transcendente da ordem. Se houver doravante algo de divino, será o homem mesmo e a ordem que por sua ação vier a instaurar. O ganho em certeza que a especulação moderna obtém é, portanto, conseguido por meio de um processo que culmina no fechamento para a realidade transcendente, como que num banimento da transcendência. Mas isso só pode verdadeiramente se consumir mediante uma supressão dos símbolos que expressam a experiência humana da transcendência, como é o caso, por exemplo, de um *summum bonum* localizado fora do mundo, na eternidade. A realidade vai assim comprimida na sua dimensão imanente, e o homem e o seu intramundano domínio de ação adquirem o sentido de uma realização escatológica que acontece na história, por obra do próprio homem. No fim das contas, a ordem da sociedade é ela mesma compreendida *como* um *escathon*²⁹¹, numa espécie de beatificação da ordem política²⁹². É assim que o processo que acabamos de sumariamente descrever pode culminar na caracterização da modernidade como o *crescimento do gnosticismo*: “a continuous evolution in which modern gnosticism rises victoriously to predominance over a civilizational tradition deriving from the Mediterranean discoveries of anthropological and soteriological truth”²⁹³. Se a filosofia política clássica e depois o cristianismo conduziram a um máximo de diferenciação entre a ordem da sociedade e uma ordem transcendente, contrapondo à verdade representada pela sociedade histórica a verdade de uma ordem superior primeiramente descoberta por um esforço filosófico e depois mais radicalmente diferenciada por obra da revelação – as verdades *antropológica* e *soteriológica* a que se refere Voegelin – o pensamento moderno, num movimento inverso, ou retornou à compactação ou, o que é mais verossímil, baniu a verdade da alma, já não discernindo a ordem da sociedade de uma qualquer ordem transcendente, cuja

²⁹⁰ Voegelin, *Ciência, política e gnose*, op. cit., pp. 107/8. Segundo Voegelin, são seis as atitudes que, no seu conjunto, circunscrevem a essência da atitude gnóstica. Mas a que acabamos de salientar constitui “a marca gnóstica em sentido estrito, com a crença de que uma mudança da ordem do ser que tenha carácter redentor repousa no âmbito da acção humana, de que ela é possível ao homem através do agir que lhe é próprio” (*Ciência, política e gnose*, op. cit., pp. 91-3).

²⁹¹ Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 166.

²⁹² A expressão – *beatification of order* – é de Harold J. Laski (*The foundations of sovereignty and other essays*, London, Allen & Unwin, 1921, p. 29).

²⁹³ Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 133.

existência vai mesmo, em última instância, simplesmente negada. Um dos resultados é aquela redivinização da sociedade que virá consumada pela filosofia política moderna²⁹⁴, como a vemos já programaticamente arquitetada e paradigmaticamente exemplificada por Hobbes, como reação, embora e paradoxalmente, àquela anterior e mais suave, mas subversiva e potencialmente perigosa, redivinização da ordem política implicada pela escatologia do advento que os puritanos na Inglaterra do séc. XVII queriam ver confirmada na história.

2.1. O *Leviathan* e os fundamentos do pensamento político moderno

Platão e Aristóteles acabaram por aceitar como algo natural e insuperável a tensão entre a ordem da alma e a ordem da sociedade. A evolução da *República* para as *Leis* é ilustrativa da compreensão por Platão de que a oposição tensional entre aquelas verdades não pode ser superada: ambas terão de coexistir, pois a tensão entre uma e a outra reflete a própria estrutura da realidade²⁹⁵. O cristianismo conduziu, por sua vez, ao máximo de diferenciação entre a ordem de uma transcendente realidade superior e a ordem da sociedade. A verdade que agora se opõe à verdade da sociedade é uma verdade revelada que situa na transcendência não só toda fonte da ordem como também o próprio *telos* do homem, e a articulação medieval entre o poder espiritual e o poder temporal é uma resposta à necessidade de administrar aquela insuperável tensão. O propósito que vemos em Hobbes teoricamente consumado é, diversamente, o de compactar sob um único poder político a representação temporal e espiritual até o ponto em que já não possa subsistir nenhuma tensão entre uma ordem transcendente e a ordem política histórica. É essa a resposta de Hobbes às pretensões revolucionárias de indivíduos que consideravam ter um acesso privilegiado à verdade e desejavam precipitar a vinda de Cristo e o advento do Reino. Contra essa intenção revolucionária inspirada por uma nova escatologia segundo a qual a consumação dos tempos se realizaria na história, mas ainda mediante uma irrupção do Espírito, Hobbes propôs uma mais radical imanentização da vida política, com o objetivo de imunizar a ordem política

²⁹⁴ Laski retrata esse movimento que caracteriza a modernidade política em termos substancialmente concordantes: na medida em que a Idade Média passa, o Estado moderno emerge como a instituição para a qual é transferido o ideal da unidade, e isto a ponto de se tornar o herdeiro da *Respublica Christiana*, com um soberano que já não reconhece nenhum superior e que não se vê sujeito a nenhum limite normativo (*The foundations of sovereignty and other essays*, op. cit., pp. 12-5).

²⁹⁵ Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 158.

histórica contra toda e qualquer oposição, a ponto de aquela ordem vir compreendida ela mesma como um *escathon*. Hobbes parecia de fato acreditar que a incorporação e o ensino da sua filosofia política poderiam levar a uma certa eternização da ordem política histórica. Mas é claro que uma constituição eterna só seria realmente possível se a verdade da alma parasse de agitar o homem. E se Hobbes acreditou que a sua construção serviria àquele propósito foi porque, em vez de articular a verdade da alma e a verdade da sociedade, resultou numa artificial simplificação do problema político, obtido mediante uma expulsão da verdade da alma. Para isso, era necessário privar o homem da experiência da transcendência²⁹⁶. Vejamos então *como* Hobbes alcança este resultado, e que traços assumirá, por conseqüência, a sua ousada filosofia política.

2.1.a) Um novo fundamento para a ciência política

Os puritanos que agitavam a Inglaterra do séc. XVII não estavam dispostos a confinar o ideal de uma sociedade de santos ao plano exclusivamente transcendental²⁹⁷. Sentiam-se inspirados por Deus e fomentavam a desobediência, numa atitude que Hobbes considerará arrogante e perigosa, por gerar intranqüilidade e levar à guerra²⁹⁸. Não eram, porém, apenas os “escolhidos” que representavam um perigo para a paz. Hobbes vê também com enorme suspeita toda filosofia política precedente, por sua tendência a diferenciar os regimes atuais e o melhor, os regimes retos e as suas perversões, a justiça relativamente ao regime e a justiça absolutamente considerada, etc. Essa prevenção se estende a todos os “antigos”, e mais ainda a todos os “filósofos morais”, cujas “opiniões hermafroditas” acerca do bem e do mau constituiriam, conforme vai dito no prefácio ao leitor do *De Cive*, “the causes of all contentions, and blood-sheds”²⁹⁹. Não bastasse, Hobbes se incomodava profundamente ao ver que o poder político ainda tinha de enfrentar a censura dos juristas, uma corporação de profissionais que, sob o lema *nihil quod est contra rationem est licitum*, invocavam em favor das suas opiniões um direito

²⁹⁶ O que vai aí muito sumariamente exposto acerca do puritanismo e da solução de Hobbes é novamente uma síntese, desta vez do cap. V de *The new science...*, op. cit., pp. 133 e ss.

²⁹⁷ Jacob Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, London, Secker & Warburg, 1955, pp. 08/09.

²⁹⁸ Pierre Manent, *An intellectual history of liberalism*, traduzido por Rebecca Balinski, Princeton, Princeton University Press, 1995, pp. 21/2.

²⁹⁹ Thomas Hobbes, “The Author's Preface to the Reader”, *De Cive – Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, London, R. Royston, 1651 (não paginado).

compreendido como “razão artificial” – uma certa *summa ratio* adquirida por longo estudo, observação e experiência, conforme à conhecida formulação de Sir Edward Coke, que mais tarde merecerá nossa atenção. Isso tudo tinha, na visão de Hobbes, algo em comum: quer se tratassem de inspiradas formulações teológicas, de teorias concebidas por especulação filosófica, ou de construções jurídicas refinadas pelo estudo e pela experiência, não passavam todas de meras *opiniões privadas*, que uma vez opostas à autoridade pública causavam facção e sedição, turbulência e guerra. Sabemos ademais que as opiniões eram ostentadas em nome da razão, e que a razão tinha a pretensão de governar. Era justamente nesta vocação para a sedição que residia o maior perigo da proliferação de opiniões privadas como as dos crentes, dos filósofos e dos juristas. Então Hobbes precisa suprimir tanto o mais praticamente relevante objeto da razão – o bem ou o justo –, quanto a própria racionalidade tradicionalmente referida ao bem ou ao justo – uma racionalidade, a saber, de tipo prático-prudencial, da qual o exemplo paradigmático é a *phronesis* aristotélica –, assim como a sua pretensão a governar.

Contra tais perigosas opiniões privadas, e para neutralizar o seu potencial nocivo, Hobbes promete, ainda no prefácio ao leitor do *De Cive*, “demonstrate that there are no authentically doctrines concerning right and wrong, good and evil, besides the constituted Lawes in each Realme, and government; and that the question whether any future action will prove just or unjust, good or ill, is to be demanded of none, but those to whom the supreme hath committed the interpretation of his Lawes”³⁰⁰. A estratégia contra as chagas da divergência é centrada, portanto, no propósito de mostrar que o bem e o justo são constituídos pela autoridade civil. Ao proceder assim, Hobbes acreditava poder eliminar as causas de toda contenda e de todo derramamento de sangue, pois se a sua demonstração convencesse, e se a sua teoria fosse oficialmente incorporada, já ninguém poderia apelar ao bem ou à justiça contra as decisões das autoridades. E se a ciência política para este fim proposta tinha desde a partida a declarada intenção de mostrar que o bem e a justiça são derivados do poder político, conferindo-lhes doravante, portanto, uma *fonte política*, para que já ninguém pudesse apelar a um ou à outra, é lógico que o seu fundamento não poderia ser

³⁰⁰ Hobbes, “The Author's Preface to the Reader”, *De cive...*, op. cit., não paginado.

nenhuma específica concepção do bem, e muitos menos qualquer *summum bonum*, acerca do qual tanto os homens efetivamente divergem.

Até então, a base para a ação política tinha sido, com efeito, a ideia do bem, natural ou sobrenatural. Segundo Hobbes, esta abordagem havia falhado tragicamente, pois os homens têm, inevitavelmente, noções incompatíveis acerca do que é bom, e uma tal incompatibilidade constituiria, como já referimos, uma interminável fonte de conflitos e guerras, ao menos enquanto cada um pudesse ostentar e opor à autoridade a sua particular compreensão do bem. Era preciso amparar a autoridade civil com uma ciência política invulnerável ao conflito de opiniões acerca do bem e do mal, do justo e do injusto. Esta nova ciência política teria então que dispor de um fundamento mais sólido e seguro que uma opinião acerca do bem, e Hobbes vai encontrá-lo numa paixão que, segundo pensa, todos os homens têm em comum: o medo da morte. Se os homens divergem quanto ao bem, é certo que concordam quanto ao mal³⁰¹. E se a vida comum não pode, portanto, ser ordenada por referência a uma comum orientação a um reconhecido *summum bonum*, a construção da ordem política terá que ser motivada pelo medo compartilhado de um tal *summum malum*³⁰².

2.1.b) A supressão hobbesiana da simbologia da transcendência

O *Leviathan* não demora a denunciar a adesão de Hobbes ao mais radical nominalismo. O universal é apenas um nome comum: nada há universal no mundo além de nomes, pois as coisas nomeadas são, cada uma delas, individuais e singulares. O verdadeiro e o falso são, por sua vez, atributos da linguagem, e não das coisas, e assim consiste a verdade “in the right ordering of names in our affirmations”. Ocorre que os nomes das coisas que nos afetam, isto é, que nos agradam ou desagradam, são, nos discursos dos homens, de significação inconstante, pois tais nomes são impostos às coisas para significar as nossas concepções, e se as concebemos diferentemente, por desagradarem a alguns e agradarem a outros, ou por ora agradarem e ora desagradarem a um mesmo, manifestando por nossas concepções afinal as nossas afecções, dificilmente

³⁰¹ Manent, *An intellectual history of liberalism*, op. cit., pp. 22/3.

³⁰² Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 182.

poderemos evitar dar-lhes diferentes nomes. Damos em verdade às coisas que nos afetam a coloração das nossas diferentes paixões, e por isso tais nomes, como por exemplo os nomes que costumamos dar às virtudes e aos vícios, nunca podem constituir bases firmes para algum raciocínio³⁰³. E é isso precisamente o que se passa com os nomes *bom* ou *mau*: ao objeto do seu apetite ou desejo o homem chama “bom”, ao passo que chama “mau” o objeto do seu ódio e aversão. Os homens então não podem mesmo concordar acerca do que é bom ou mau, pois o que um deseja é comumente aquilo que noutro causa aversão. Não haverá conseqüentemente nenhuma regra do bem e do mal que possa ser encontrada nas próprias coisas, pois cada um é a regra do que é bom ou mau relativamente ao que lhe apetece ou repugna. E se não há nada simples ou absolutamente bom, mas apenas *relativamente a uma pessoa*, a única chance de se constituir uma regra comum relativamente ao bem e ao mal será integrando os indivíduos numa pessoa comum orientada por seus próprios apetites e aversões, ou instituindo os próprios indivíduos um árbitro cuja vontade valerá como regra entre os que o instituíram, pois se o fizeram foi afinal porque consensualmente desejaram que prevalecesse a sua vontade, e, se o desejaram, esta vontade deve ser, por isso mesmo, e só por isso, considerada boa³⁰⁴. Ninguém então poderá invocar uma concepção do bem em confirmação das suas opiniões ou na defesa das suas pretensões, pois aquela concepção não é, pensa Hobbes, senão uma expressão das afecções ou das paixões, do desejo ou do apetite, da aversão ou do ódio de quem a manifesta. E se o bem é assim relativo e apenas uma manifestação das afecções de quem emprega um tal “nome”, é certo que não poderá constituir um problema para a razão.

Tradicionalmente, a abordagem racional do problema da retidão da *praxis* sempre se valeu das categorias do bem e do mal, da virtude e do vício. Mas se agora tais “nomes” expressam apenas preferências pessoais, não passando enfim

³⁰³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, cap. IV (citado aqui e doravante conforme à edição inglesa publicada em *The English works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, v. 3, William Molesworth [ed.], London, Bohn, 1839-45).

³⁰⁴ “But whatsoever is the object of any man’s appetite or desire, that is it which he for his part calleth *good*: and the object of his hate and aversion, *evil*; and of his contempt, *vile* and *inconsiderable*. For these words of good, evil, and contemptible, are ever used with relation to the person that useth them: there being nothing simply and absolutely so; nor any common rule of good and evil, to be taken from the nature of the objects themselves; but from the person of the man, where there is no commonwealth; or, in a commonwealth, from the person that representeth it; or from an arbitrator or judge, whom men disagreeing shall by consent set up, and make his sentence the rule thereof” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. VI).

de modos inconstantes de manifestar nossas afecções, não pode a razão operar mediante o seu emprego – não se prestam tais nomes, em suma, para calcular, pois seus respectivos valores são incertos, na medida em que são inteiramente relativos, e “razão” já não significa agora, para Hobbes, nada mais do que cálculo (*reckoning*)³⁰⁵. Também já ninguém poderá invocar uma qualquer *recta ratio*, pois quem a invoca não faz senão tomar por reta razão cada uma das paixões que sucedem dominá-lo, e uma tal conduta é, segundo Hobbes, “intolerável”³⁰⁶. Não persiste então nenhuma *ratio* para além das particulares razões que os homens invocam *ad hoc* sob o domínio das suas paixões e em função delas. A suposição de uma razão reta por sobre as razões de cada um só serve, ademais, para causar divisão e conflito entre os homens, enquanto para Hobbes a razão deve assumir precisamente a função instrumental de evitar as discórdias e servir à paz, à concórdia e à vantagem da humanidade³⁰⁷.

Não é outra, decerto, a sorte da felicidade. A *eudaimonia* só pode ser definida por referência ao bem, que nada quer dizer para Hobbes e indica apenas preferências pessoais determinadas pelas paixões. A visão beatífica, na qual a escolástica identificava a suprema felicidade, também em nada auxilia, na medida em que o termo mantém aquela inconstância que tanto incomodava Hobbes, uma vez que, segundo ele, a espécie de felicidade que Deus reserva àqueles que devotadamente o veneram é coisa que ninguém saberá antes de a gozar. E se o nome “felicidade” não pode ser precisamente definido por referência a um bem objetivamente considerado, nem por referência ao que têm os fiéis para si reservados após a morte, Hobbes manter-se-á absolutamente coerente chamando *felicidade*, nesta vida, ao *sucesso contínuo* na obtenção daquelas coisas que de tempos em tempos os homens desejam, ou seja, o prosperar constante na

³⁰⁵ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. V. Martin Rhonheimer nota a esse respeito que, embora também Aristóteles afirme que o bem é o objeto do apetite, na filosofia prática do estagirita o apetite em questão é um apetite regulado pela razão, e o bem apetecido um “bem segundo a verdade”, ou seja, um bem cuja aparência subjetivo-afetiva de bondade corresponde à bondade *katà logon* (segundo a razão). Por isso, o homem racional aristotélico é sempre capaz de se perguntar se aquilo que lhe parece bom é também bom *segundo a verdade*. Com o bem de Hobbes sucede algo completamente diferente, pois o apetite hobbesiano é idêntico ao movimento passional, e, em vez de ser regulado pela razão, assume a sua regulação. O que é bom, é bom, portanto, apenas porque afetivamente aparece como bom a um determinado sujeito, tornando então inútil a procura por um critério de bem e mal que não seja o próprio apetite (*La filosofia politica di Thomas Hobbes: coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Roma, Armando Editore, 1997, pp. 77/8).

³⁰⁶ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. V.

³⁰⁷ Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 76.

satisfação dos próprios desejos, pois jamais pode deixar de haver desejo ou medo, e a contínua satisfação do primeiro, como a contínua superação do segundo, terá portanto de ser permanente para que a sensação em que agora se transformou a felicidade perdure no tempo³⁰⁸. Evidentemente, não haverá em tais formulações lugar para um fim último ou para algum *summum bonum*. Se a felicidade acaba de ser totalmente transfigurada, para significar apenas uma contínua marcha do desejo de um objeto para outro, não sendo a obtenção do primeiro, como afirma o cap. XI do *Leviathan*, senão o caminho para conseguir o próximo, é fundamentalmente porque Hobbes rejeita a existência de um estado de plena realização que o homem possa alguma vez finalmente alcançar³⁰⁹. Tudo agora é decididamente visto na perspectiva do desejo, e o desejo não é senão o apetite de algo, que uma vez satisfeito dará lugar ao apetite de alguma outra coisa, e assim continuamente, jamais logrando uma final ou definitiva satisfação. Também um qualquer fim último ou um suposto *summum bonum* devem ser então banidos do discurso, pois tais nomes não são apenas inconstantes, mas invenções que a nada referem.

Ficam assim logo à partida excluídas da especulação política hobbesiana todas aquelas categorias por meio das quais o homem costumava traduzir a sua experiência da transcendência. Nenhuma delas poderá já servir de base para a ordenação da sociedade política ou para a expressão das exigências que o homem deverá atender no contexto de uma *praxis* politicamente relevante. Hobbes terá então de conceber o homem em termos novos, ou seja, sem nenhuma referência àquelas realidades que o homem inconstantemente simboliza por meio de um tal conjunto de “nomes” como o bom e o justo, a felicidade e a virtude, a *recta ratio* e o fim último, e que aos olhos de Hobbes só fazem gerar divergência e, com a divergência, conflitos e guerras.

³⁰⁸ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. VI.

³⁰⁹ “[T]he felicity of this life, consisteth not in the repose of a mind satisfied. For there is no such *finis ultimus*, utmost aim, nor *summum bonum*, greatest good, as is spoken of in the books of the old moral philosophers. Nor can a man any more live, whose desires are at an end, than he, whose senses and imaginations are at a stand. Felicity is a continual progress of the desire, from one object to another; the attaining of the former, being still but the way to the latter. The cause whereof is, that the object of man’s desire, is not to enjoy once only, and for one instant of time; but to assure for ever, the way of his future desire” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XI).

2.1.c) O *homo passionalis* e a sua natural tendência para a autoconservação

Se assim encontramos em Hobbes uma proibição de referir ao bem e ao mal, à virtude e ao vício, à reta razão e à felicidade como antes compreendida, e ainda a um qualquer fim último ou a algum *summum bonum*, para discernir o que se deve ou não fazer, cabe perguntar se poderemos continuar falando na existência de deveres. A resposta de Hobbes é sem dúvida afirmativa, mas a única maneira de descobrir os deveres dos homens é, segundo ele, *somando pactos*³¹⁰. Aquelas velhas e imprecisas categorias já não podem servir de orientação à *praxis*, mas resta aos homens o caminho da disciplina da própria conduta por meio da celebração de pactos voluntários. Temos então agora que perguntar se é possível afirmar que os homens *devem* pactuar, e, neste caso, se tais pactos *devem* ser celebrados de um modo ou de outro, para um ou outro específico propósito. Hobbes pensa que sim, mas para que possa sustentar essa resposta o filósofo terá de enriquecer o argumento com a identificação de um particular fim que imponha a celebração pelo menos de um primeiro pacto do qual possam originar-se os deveres dos homens.

É claro que se Hobbes acabará por impor à *praxis* um fim, este fim, para preservar a coerência com os pressupostos que identificamos, terá de ser determinado pelas paixões dos indivíduos. As várias afecções individuais terão de convergir em algum ponto, de forma que todas apontem para a conveniência de um pacto capaz de instituir deveres. E quando a razão entrar em cena, será apenas para ajuizar acerca desta relação de meio para fim, em termos que reduzirão a racionalidade prática a uma racionalidade de tipo instrumental, sob o governo das paixões. É neste ponto do argumento, e para dar conteúdo àquele fim, que entra em cena a antropologia hobbesiana, pois sabemos que toda a construção do grande deus mortal de Hobbes se baseia numa particular compreensão do homem, e mais especificamente de um homem-indivíduo isoladamente considerado, para a apreciação da sua natureza em circunstâncias pré-políticas ou pré-sociais.

Na sua busca de uma tal natureza, a geral tendência que Hobbes encontra em toda humanidade é um perpétuo desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte (“a perpetual and restless desire of power after power, that

³¹⁰ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. V.

ceaseth only in death”), pois o homem não pode garantir a manutenção do poder e da posse dos meios de que dispõe para viver bem sem adquirir mais ainda, superando continuamente os demais. Ocorre que esta competição por mais e mais poder a que o homem naturalmente tende leva à inimizade e à guerra³¹¹. Deixados então como tendem a ser, os homens põem-se em guerra, todos contra todos, caracterizada aí a guerra pela disposição para a luta que perdura inevitavelmente durante todo tempo em que não há garantia do contrário, por meio de um poder coercitivo que os mantenha em temor respeitoso³¹². Esta é a miséria da condição natural da humanidade, descrita por Hobbes como uma condição na qual permanece constante não tanto a satisfação dos desejos, mas antes o perigo da morte, e onde vemos que a paixão de fato predominante é o medo contínuo, e mais especificamente o medo da morte violenta pelas mãos de outro homem³¹³. O que o indivíduo experimenta nesta condição, precisamente enquanto busca livremente e por suas próprias forças a satisfação dos seus desejos, não se compara em nada àquelas coisas que costumam apetecer. Ao contrário, a vida aí é solitária, pobre, sórdida, brutal e curta³¹⁴.

Nessa miserável condição natural de guerra total, nada pode ser injusto. Em tais circunstâncias, ainda não há lei e a regra absoluta é a liberdade. Não há nenhuma distinção entre o *meu* e o *teu*, e portanto nada pertence a ninguém. Aí não podem ter lugar, portanto, noções tais como as de certo e errado, justo e injusto³¹⁵. A questão que então se apresenta é aquela que pouco atrás formulamos: pode-se sustentar que o homem numa tal situação, em que não aparecem ainda noções como as de justo e injusto, certo e errado, deve se esforçar para superar tamanha miséria? Sugerimos que a resposta de Hobbes é afirmativa, mas com a ressalva

³¹¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XI.

³¹² Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIII.

³¹³ Leo Strauss, *The political philosophy of Hobbes - Its basis and its genesis*, tradução de Elsa M. Sinclair, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1984, pp. 16/7.

³¹⁴ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIII.

³¹⁵ “To this war of every man, against every man, this also is consequent; that nothing can be unjust. The notions of right and wrong, justice and injustice have there no place. Where there is no common power, there is no law: where no law, no injustice. Force, and fraud, are in war the two cardinal virtues. Justice, and injustice are none of the faculties neither of the body, nor mind. If they were, they might be in a man that were alone in the world, as well as his senses, and passions. They are qualities, that relate to men in society, not in solitude. It is consequent also to the same condition, that there be no propriety, no dominion, no *mine* and *thine* distinct; but only that to be every man’s, that he can get; and for so long, as he can keep it” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIII).

agora necessária de que não se trata a rigor de uma questão de dever, mas de conveniência, e de uma conveniência informada pelas paixões. Essas nossas paixões, e muito especialmente a mais violenta delas, o medo da morte, fazem o homem tender primariamente e com todas as suas forças para a própria conservação e, conseqüentemente, para a paz, como meio eficaz para a autoconservação e uma vida mais satisfeita³¹⁶. Nesta elaborada construção, compete portanto às paixões informarem o fim³¹⁷. Já os meios ficam a cargo da razão, e consubstanciam aquilo que Hobbes caracteriza como um conjunto de adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a um acordo. Tais normas que prescrevem a busca da paz e outros comportamentos tendentes à sua preservação expressam a compreensão de Hobbes acerca dos mais apropriados *meios* para a autoconservação, as novas *leis da natureza*³¹⁸.

2.1.d) A teoria hobbesiana da lei natural

Antes de avançarmos na apreciação da etapa compositiva da formulação teórica do *Leviathan*, convém afastarmo-nos momentaneamente do texto para uma rápida digressão, com o propósito de esclarecer a estrutura do argumento que até aqui tentamos acompanhar. No ponto de partida, o que temos é um homem passional³¹⁹ cuja concupiscência leva à guerra de todos contra todos. Nesta conflagrada condição natural, o perigo da morte implicado na guerra desperta a

³¹⁶ Por isso notou Leo Strauss que o medo é não apenas a mais violenta das paixões mas justamente aquela que “ilumina” o indivíduo, pondo-lhe à vista os meios para a sua conservação e para uma melhor satisfação (*The political philosophy of Hobbes...*, op. cit., pp. 111/2).

³¹⁷ Note-se, porém, que um tal fim não consubstancia nada parecido com um autêntico *summum bonum* ou um fim último, vez que se trata diversamente de um *primum bonum*, ou um *primum desideratum*, que opera como o *telos* de um novo tipo de racionalidade, típica da modernidade, e na qual, conforme Rhonheimer, a primeira causa motora se torna a causa final de toda conduta humana (Rhonheimer, *La filosofia política di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 113/4). Pode-se perceber assim que uma das atitudes características da filosofia política moderna, no contraste com a filosofia política clássica, é um radical rebaixamento dos *standards*, pois aquilo que antes seria considerado apenas uma condição de tudo mais de que o homem é capaz e pode almejar se transforma no propósito último da comunidade política (para uma geral caracterização nesses termos da filosofia política moderna, cuja fundação vai assim atribuída a Maquiavel, de quem Hobbes seria herdeiro, v. Leo Strauss, “What is political philosophy?”, op. cit., pp. 39 e ss.; “The three waves of modernity”, *An introduction to political philosophy*, Detroit, Wayne State University Press, 1989, pp. 83 e ss.; *The political philosophy of Hobbes*, op. cit., pp. 151 e ss.; e *Natural right and history*, op. cit., pp. 190/1).

³¹⁸ “The passions that incline men to peace, are fear of death; desire of such things as are necessary to commodious living; and a hope by their industry to obtain them. And reason suggesteth convenient articles of peace, upon which men may be drawn to agreement. These articles, are they, which otherwise are called the Laws of Nature...” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIII).

³¹⁹ Rhonheimer, *La filosofia política di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 74.

paixão do medo, que faz com que o homem se preocupe primeiramente com a própria conservação. Outras paixões, como o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, informam o indivíduo acerca da conveniência de superar uma tal condição. Uma razão que não dá conta do problema do bem é não obstante capaz de mostrar que a permanência em um tal estado é um meio pouco eficaz para conseguir a própria conservação e satisfazer os desejos que paradoxalmente causam a guerra³²⁰. Em suma, o medo e outras paixões encorajam o homem a buscar uma saída para a natural condição de guerra, e a razão, posta a serviço dessas paixões, indica que a paz é não só o meio de aplacar o medo, mas inclusive a melhor alternativa para uma mais perfeita satisfação dos seus desejos.

Se é assim, como aliás Hobbes expressamente o declara, os preceitos da sua *lex naturalis* são apenas os juízos de conveniência de uma razão que apura meios para realizar os fins aos quais o homem é dirigido pelas suas paixões. A sua natureza o coloca em uma situação que faz sobressair o medo da morte e promove a morte violenta à condição de uma espécie de *summum malum*, empenhando assim o homem, prioritariamente, na busca da própria conservação. A razão identifica na paz o caminho para a conservação e para a superação do medo da morte, e, por isso mesmo, o primeiro preceito de uma tal *ratio calculatrix*³²¹ terá de ser: *procura a paz*. Com efeito, uma *lex naturalis*, no *Leviathan*, é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe fazer tudo que possa destruir a própria vida ou privar-se dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que possa melhor contribuir para a preservar³²². Mas se a autoconservação não é um bem e sim apenas um objeto das nossas paixões, ou o objeto do desejo acionado pela mais forte delas, vemos como mesmo o conceito de lei natural, formulado por Hobbes como uma espécie de princípio de autoconservação, não passa de um reflexo racional da paixão do medo da morte³²³. E como o meio mais

³²⁰ Aquela racionalidade prudencial da tradição aristotélica vai com efeito substituída por uma nova “raggionevolezza di autoconservazione, e poi di sicurezza, benessere, tranquillità, ecc.” (Rhoneimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 115).

³²¹ Tomamos essa expressão do ensaio introdutório de José de Faria Costa à sua tradução do clássico de Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 2007, p. 11).

³²² “A law of nature, *lex naturalis*, is a precept or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same; and to omit that, by which he thinketh it may be best preserved” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV).

³²³ Strauss, *The political philosophy of Hobbes*, op. cit., pp. 15/6.

eficaz para a própria preservação é a paz, a primeira e fundamental lei da natureza ordena pura e simplesmente que todo homem se esforce pela paz³²⁴. Para prosseguir no desenvolvimento da sua construção, Hobbes terá então, forçosamente, de perguntar qual afinal o caminho que conduz à paz. Mas para que a resposta se esclareça, é necessário antes considerarmos o papel no argumento de outra categoria que sofrerá uma radical transformação. Referimo-nos ao *jus naturale*.

Em estado de natureza, sustenta Hobbes, cada homem pode empregar o próprio poder, da maneira que considerar conveniente, para a preservação da sua vida. Enquanto permanece aquela natural condição de guerra de todos contra todos, cada um conserva a liberdade de fazer tudo que o próprio juízo considere eficaz para a preservação. O *jus naturale* é agora tão-só essa *liberdade* anterior à sociedade, e uma liberdade propriamente compreendida como ausência de impedimento externo³²⁵. Ocorre que essa liberdade que em estado de natureza o indivíduo conserva, aliada é claro às suas paixões, é precisamente a causa da guerra de todos contra todos. Enquanto essa condição de guerra persiste, o homem pode, de fato, lançar mão do próprio esforço, como bem entender, para se preservar, mas é isso mesmo que potencializa o conflito. Sob tal condição, se estabelece, conseqüentemente, certa tensão entre o direito natural e o princípio da autoconservação, embora o *jus naturale* seja ele mesmo a liberdade de agir para a própria preservação. É que, ao agir por desforço próprio, para se conservar, o indivíduo fomenta a guerra, incrementando os riscos a que se vê sujeito. A mesma razão que sugere que o homem procure a paz indicará, portanto, a conveniência para este fim de uma geral e irrestrita, mas necessariamente comum, renúncia ao *jus naturale*. Sem uma tal renúncia comum cada indivíduo permanecerá inseguro, e enquanto estiver inseguro poderá lançar mão do seu *jus naturale*. Em razão mesmo desta possibilidade a guerra total perdurará, e a primeira *lex naturalis* aparecerá como um apelo a que o homem busque uma saída para esta miserável condição. Eis

³²⁴ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV.

³²⁵ “The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto”. Imediatamente após esta definição, a liberdade, tal como nela é empregada, vai também definida como ausência de impedimento externo: “By liberty, is understood, according to the proper signification of the word, the absence of external impediments...” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV).

que surge então aquela comum renúncia como o meio de instaurar a paz e garantir a segurança, dando assim conteúdo à segunda *lex naturalis*³²⁶.

A sociedade política começa assim a tomar forma, pois aquela comum e recíproca renúncia, perfectibilizada mediante um pacto, é o ato constitutivo dos primeiros deveres e, conseqüentemente, da possibilidade mesma da injustiça, com o seu correlato, a justiça, instaurada mais especificamente pela terceira *lex naturalis*, imediatamente derivada da segunda, e que ordena aos homens que cumpram os pactos que celebrarem e especialmente o pacto de renúncia, pois sem uma tal renúncia e sem o cumprimento do pacto por meio do qual ela se opera o direito de todos a todas as coisas continuará em vigor, e com ele a natural condição de guerra³²⁷. É só neste estágio da construção que Hobbes admitirá a possibilidade de definir a justiça, pois na condição de guerra anterior àquele pacto todos os homens preservam um original direito natural a todas as coisas, não podendo então ser nenhuma ação considerada injusta. Note-se contudo que, embora nesta terceira *lex naturalis* resida, nas palavras de Hobbes, a fonte e a origem da justiça, em verdade a justiça ou injustiça *de uma específica ação* não pressupõe simplesmente a existência daquela *lex*, mas fundamentalmente um pacto anterior por meio do qual o agente tenha renunciado ao direito natural de praticar aquela mesma ação. Ou seja, sem um anterior ato de vontade por meio do qual o indivíduo assume um dever, renunciando à sua liberdade natural, nada pode ser justo ou injusto. O descumprimento do pacto é qualificado como injustiça porque a razão recomenda o contrário, em vista da paz. Mas nenhuma injustiça pode ser imputada à conduta, nem conduta nenhuma poderá ser igualmente considerada devida ou justa, até que o indivíduo renuncie ao seu *jus naturale* por meio de um pacto voluntário³²⁸. Temos aí autenticamente formulado um dos cânones de toda a filosofia política moderna.

³²⁶ Da primeira deriva esta segunda *lex naturalis*: “*that a man be willing, when others are so too, as far-forth, as for peace, and defence of himself he shall think it necessary, to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men, as he would allow other men against himself*” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV).

³²⁷ “From that law of nature, by which we are obliged to transfer to another, such rights, as being retained, hinder the peace of mankind, there followeth a third; which is this, *that men perform their covenants made*: without which, covenants are in vain, and but empty words; and the right of all men to all things remaining, we are still in the condition of war” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV).

³²⁸ “And in this law of nature – refere-se Hobbes à terceira *lex naturalis* –, consisteth the fountain and original of justice. For where no covenant hath preceded, there hath no right been transferred, and every man has right to every thing; and consequently, no action can be unjust. But when a covenant is made, then to break it is *unjust*: and the definition of injustice, is no other than *the not performance of covenant*. And whatsoever is not unjust, is *just*” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV).

Retornaremos portanto a essa questão mais tarde, quando já pudermos sintetizar o resultado da presente análise. Antes temos, porém, de nos deter numa particular exigência prática imediatamente implicada na terceira *lex naturalis*.

Referimo-nos à necessidade de constituir um poder coercitivo, pois sem isso a renúncia pactuada não terá valor nenhum. De fato, só após a constituição de um poder coercitivo aquela recíproca renúncia se mostrará eficaz para a garantia da paz, recomendando o cumprimento do pacto por meio da qual se consubstancia. Sem aquela garantia, o indivíduo permanecerá inseguro e poderá defender-se como entender conveniente, persistindo assim a guerra de todos contra todos. Para que realmente haja injustiça, é preciso, portanto, remover a causa do medo, por meio da instituição de um poder coercitivo capaz de obrigar todos os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento dos mesmos pactos. Ocorre que não pode haver um tal poder “before the erection of a commonwealth”. A rigor, não basta então a recíproca renúncia ao *jus naturale* para que possa haver justiça ou injustiça, pois a natureza da justiça consiste no cumprimento de pactos *válidos*, e a validade dos pactos “begins not but with the constitution of a civil power, sufficient to compel men to keep them”³²⁹.

Covém notar que mesmo a validade a que Hobbes se refere não deriva senão de um juízo de conveniência: uma vez que há um poder coercitivo capaz de obrigar ao cumprimento dos pactos, passa a ser conveniente cumpri-los, pois *nesta circunstância* uma tal atitude é mais eficaz para a consecução da paz e a garantia da segurança. É somente por esse juízo utilitário de conveniência, e naquela particular circunstância, que o cumprimento dos pactos pode vir considerado como uma autêntica regra da razão ou uma das enumeradas leis da natureza³³⁰. A lógica dessa construção *more geometrico* é de fato irrepreensível: para a garantia da paz e da própria conservação, os homens devem buscar a paz; para este fim, devem todos renunciar ao seu *jus naturale*, por meio de um pacto; este pacto deve ser cumprido, se houver um poder coercitivo que garanta o cumprimento por todos, com o

³²⁹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV.

³³⁰ Hobbes confirma essa interpretação textualmente, quando, por exemplo, afirma: “Justice therefore, that is to say, keeping of covenant, is a rule of reason, by which we are forbidden to do any thing destructive to our life; and consequently a law of nature” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV).

resultado esperado, ou seja, a paz. Toda a doutrina hobbesiana é assim formada, aliás, mediante um raciocínio em cadeia que vai progressivamente desvendando os meios eficazes para a conservação à qual o homem é movido pelo medo da morte e para viabilizar uma mais perfeita satisfação dos seus desejos. As doze leis naturais que são subsequentemente acrescentadas prescrevem, com efeito, aqueles demais comportamentos necessários à superação da condição natural de guerra, e são portanto deduzidos da primeira *lex naturalis*. O que assim encontramos em cada uma das quinze leis é a prescrição de um comportamento necessário à conservação e à garantia da segurança, razão pela qual Hobbes conclui a sua cadeia de deduções dizendo: “These are the laws of nature, dictating peace, for a means of the conservation of men in multitudes”³³¹. Por fim, convém salientar que aqueles diversos comportamentos são, por sua vez, expressivos de todo conjunto das virtudes e vícios, e constituem com as leis às quais correspondem a totalidade da moralidade de Hobbes, ou, nas suas próprias palavras, os “meios da paz” e “para uma vida pacífica, sociável e confortável”. A ciência daquelas leis e das virtudes e vícios correspondentes constitui então a “verdadeira e única filosofia moral”³³².

2.1.e) A instituição da *república* e o problema implicado pela sua causa final

Já sabemos que a recíproca renúncia ao *jus naturale* constitui a condição indispensável para a superação daquela miserável condição de guerra que resulta das paixões naturais dos homens. De forma que aquela instituição consubstancia também uma exigência da *lex naturalis*, e uma exigência a que o homem deve resolutamente atender movido pelo medo da morte e pelo desejo de fazer aquilo que a razão prescreve como forma de cuidar da própria conservação, garantindo ademais as condições para uma vida mais satisfeita³³³. Este propósito para cuja realização a razão provê os meios será, com efeito, a *causa final* da instituição da república³³⁴. Surge então o problema relativo ao modo de instituí-la para a mais eficaz realização desse propósito.

³³¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV.

³³² Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV.

³³³ Dáí porque Hobbes é freqüentemente considerado o criador do hedonismo político, “a doctrine which has revolutionized human life everywhere on a scale never yet approached by any other teaching” (Strauss, *Natural right and history*, op. cit., p. 169).

³³⁴ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII.

A solução do *Leviathan* é conhecidíssima, e vai explicada por Hobbes com a habitual clareza dos seus escritos: todos devem conferir toda força e poder a um homem ou assembléia de homens que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, e isto a ponto de um tal homem ou assembléia efetivamente portar cada uma das suas pessoas³³⁵, para que todas se admitam e reconheçam como autoras de todos os atos que aquele que assim é portador das suas pessoas praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e à segurança comuns, submetendo por fim todos a própria vontade e os próprios juízos à vontade e aos juízos do portador das suas pessoas³³⁶. Essa consensual instituição unifica todos em uma só e mesma pessoa, e se perfectibiliza por meio de um pacto de cada homem com todos os demais, como se cada um solenemente dissesse a todos os demais: “*Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações*”³³⁷. À multidão por um tal pacto unida numa só pessoa é aquilo que Hobbes chama *commonwealth*, ou *civitas* na versão latina – aquele “grande Leviathan” que o filósofo mais reverentemente qualifica como um *mortal god*, ao qual devemos, sob o Deus imortal, nossa paz e defesa³³⁸.

A questão agora verdadeiramente decisiva é se essa recíproca renúncia constitutiva da república, para a consecução da paz, condiciona ou limita a autoridade assim constituída à efetiva garantia da paz. Embora o propósito de superar aquela natural condição de guerra de todos contra todos seja a causa final da instituição de um tal poder comum, afirmando Hobbes, ademais, que por meio do

³³⁵ Está aqui implicada a teoria da representação explicitada por Hobbes no cap. XVI do *Leviathan*. O portador a que o filósofo se refere a propósito da maneira de instituir a república não é senão a pessoa *atara* das palavras que pertencem aos *autores* que aquela pessoa, ou seja, o portador, representa. O ator atua *por autoridade*, ou seja, por comissão ou licença do autor que ele representa. Quando uma multidão de homens é representada por uma pessoa com o consentimento de cada um dos que a constituem, essa multidão se torna *uma* pessoa, pois a unidade do representante dá unidade à multidão, e assim Hobbes pode dizer que o representante é *portador* de uma só pessoa, que ele representa e por cuja representação vai reduzida à unidade.

³³⁶ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII.

³³⁷ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII (citamos conforme à tradução brasileira da edição de Richard Tuck, *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 147).

³³⁸ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII.

pacto que dá lugar à república todos devam considerar-se autores de todos os atos que aquele que passa a ser portador das suas pessoas praticar ou levar a praticar, *em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns*, por meio daquele mesmo pacto todos autorizam *todas as ações* do homem ou da assembléia de homens a quem transferem o direito de se governar. Não sabemos então se essas ações todas são mesmo todas ou apenas todas aquelas que se mostrem convenientes para a realização do fim que justifica a instituição da república. Um aspecto desta problemática é, porém, certo, e podemos portanto assumi-lo como ponto de partida para o enfrentamento da questão: a construção hobbesiana da lei natural é uma teoria da legitimação do poder político. Esta legitimação deriva, precisamente, da causa final da constituição de um poder comum, e portanto do propósito a que este poder deverá servir. Se tudo o que Hobbes já disse e que aqui lembramos não for suficiente para uma tal conclusão, temos ainda em confirmação desta exegese a própria definição da república: uma pessoa de cujos atos todos e cada um dos que a constituíram se fizeram autores, para o fim de que ela possa empregar a força e os recursos de todos, da forma que considerar conveniente, *para a paz de todos e a defesa comum*³³⁹.

A paz não é, portanto, apenas o *motivo* da instituição da república, mas a *missão* desta pessoa artificial. Leo Strauss parece ter razão ao afirmar que a base da filosofia moral e política de Hobbes não é a lei natural, mas um *jus naturale* que tem em vista a autoconservação³⁴⁰. A *lex naturalis* indica simplesmente os meios mais eficazes para a autoconservação, dentre os quais sobressai como um específico meio a instituição da república. Aliás, nesta compreensão da ordem política como um artifício para a satisfação de pretensões individuais temos um dos traços mais marcantes da modernidade do pensamento político de Hobbes, e um dos pontos em que o seu jurracionalismo, como de resto todo jurracionalismo moderno, se afasta mais decididamente da filosofia política clássica e do jusnaturalismo medieval³⁴¹. Seria então surpreendente se Hobbes não atribuísse à

³³⁹ “[O]ne person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII).

³⁴⁰ Strauss, *The political philosophy of Hobbes*, op. cit., pp. 155-7.

³⁴¹ E se for verdade que o liberalismo consiste nesta doutrina política que considera o fato político fundamental não um conjunto de deveres mas os direitos dos indivíduos, atribuindo ao poder político fundamentalmente a satisfação desses direitos ou um resultado equivalente, então Hobbes é também

república já instituída a tarefa de efetivamente garantir a paz. Mas para apreciarmos se no *Leviathan* o detentor do poder político se encontra *obrigado* a perseguir a paz, ou se a lei natural que em última instância impõe este mesmo fim constitui uma ordem de validade superior capaz de subordinar o representante instituído, é ainda preciso considerar a teoria hobbesiana da soberania.

2.1.f) Da ordem pressuposta à ordem politicamente constituída: uma nova concepção da soberania

Até o advento da modernidade política, a soberania era considerada um atributo da mais elevada autoridade *juridicamente* constituída, embora juridicamente independente, em uma comunidade política³⁴² – não tanto *potestas*, portanto, mas verdadeiramente *auctoritas*, ou, nas palavras de Charles Howard McIlwain, “the highest *legal power* in a state”³⁴³. Compreendida então nesses termos, a soberania assume os contornos de uma autêntica categoria jurídica: é o direito que institui o soberano e a sua *auctoritas* é assim não apenas juridicamente amparada mas inclusive juridicamente limitada por um direito extraestatal que é também em parte divino ou natural³⁴⁴ e que se encontra involucrado em costumes imemoriais e na *praxis* jurídica especializada, como uma espécie de *Juristenrecht*³⁴⁵. Numa palavra, com d’Entreves, soberania não era o mesmo que *lawlessness*³⁴⁶. Isso não significa necessariamente que um tal soberano se visse sujeito a algum *controle* jurídico. Ao contrário, o soberano era *legibus solutus*, mas apenas no sentido de que ninguém

o fundador do liberalismo político, como o reconhecem, v. g., Leo Strauss (*Natural right and history*, op. cit., pp. 181/2) e Martin Rhonheimer (*La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 129).

³⁴² Conforme Carl Schmitt, essa “velha” soberania era tão só o poder mais elevado, juridicamente independente e não derivado (*Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*, tradução de George Schwab, Chicago/London, University of Chicago Press, 2005, p. 17).

³⁴³ “Sovereignty”, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, p. 29.

³⁴⁴ “The medieval time is full of law; and the notion of absolute power was carefully limited by attention to the principles of abstract right” (Harold J. Laski, “The foundations of sovereignty”, op. cit., p. 09).

³⁴⁵ A propósito da extraestatalidade do direito medieval, v. Paolo Grossi, *L’Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2007, esp. pp. 11 e ss., 59/60 e 136. Para uma recente consideração do caráter extraestatal da jurisdição medieval e da tradição do *common law*, confira-se Nicola Picardi, *La giurisdizione all’alba del terzo milenio*, Milano, Giuffrè, 2007, esp. pp. 28 e ss. e 76 e ss.

³⁴⁶ A. P. d’Entrèves, *Natural law. An introduction to legal philosophy*, London, Hutchinson University Library, 1970, p. 68.

tinha autoridade para chamá-lo juridicamente à reponsabilidade³⁴⁷. Relativamente ao direito, a autoridade reconhecida ao soberano na Europa medieval era ainda uma autoridade para promulgar, administrar e interpretar um direito já existente, e não, como depois passou a ser, uma autoridade para criar direito *ex nihilo*³⁴⁸. Isso estava ainda implicado na concepção de Bodin da soberania e na sua caracterização da república como um *droit gouvernement*, embora a legislação já tivesse aí assumido a proeminência dentre os elementos da soberania³⁴⁹. Até então, mesmo a suprema autoridade política era compreendida mais como portadora do poder de em última instância declarar um direito preexistente, do que como a *fonte* arbitrária e ilimitada de um direito inteiramente derivado da sua *potestas* ou de uma diversa *auctoritas* desprovida de qualquer fundamento jurídico.

É contra essa velha compreensão de uma soberania *sob o direito* que Hobbes se insurgirá e que depois, em total coerência com as suas formulações, se afirmará a versão democrática da soberania moderna, na forma do dogma da onipotência do parlamento, sob o disfarce de uma chamada “soberania popular” que confunde povo e legislatura, poder e autoridade³⁵⁰. Mais importante ainda, é contra essa pré-moderna compreensão jurídica da soberania que se consagrará já em Hobbes o cânone da estatalidade do direito. Temos então de identificar os traços que caracterizam essa nova soberania, pois nela encontramos a manifestação mais clara da ruptura moderna que importa para a presente investigação.

³⁴⁷ A melhor formulação desta ideia de um soberano ao mesmo tempo sujeito materialmente à lei mas isento de responsabilidade perante outra instância política é provavelmente devida a Aquino: o príncipe se diz isento da lei (*legibus solutus*) quanto à força coativa (*vis coactiva*) da lei, mas não quanto à sua força diretiva (*vis directiva*) (ST, I-II, op. cit., q. 96, art. 5). Segundo Charles McIlwain, essa distinção é essencial para compreender a relação entre o direito e a política no pensamento do aqinate: “For an understanding of this relation it is necessary to remember his insistence upon the practical importance in human law of a coercive power (*vis coactiva*), which in essence is a power to punish. It is freedom from this coercive effect of law which renders a prince *legibus solutus*, for from law considered as a directive force (*vis directiva*) no prince can ever be free; and every prince worthy the name will subject himself to it voluntarily” (*The growth of political thought in the West - From the Greeks to the end of the Middle Ages*, New York, MacMillan Company, 1932, p. 329).

³⁴⁸ Charles Howard McIlwain, “A fragment on sovereignty”, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, p. 51.

³⁴⁹ McIlwain, “A fragment on sovereignty”, op. cit., pp. 52-5.

³⁵⁰ Para uma apreciação da consagração deste dogma na Inglaterra sob a inspiração da teoria moderna da soberania, v. Charles Howard McIlwain, “Whig sovereignty and real sovereignty”, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, *passim*.

Sabemos já que a estratégia de Hobbes para exorcizar o perigo da divergência de opiniões acerca do bem e do justo é centrada no propósito de mostrar que tais coisas não existem antes da instituição de uma república, e que não há nenhuma autêntica doutrina acerca delas além das leis constituídas em cada comunidade política. O problema que a sua filosofia política pretende ter resolvido, se logrou aquele propósito, poderia ser compreendido, portanto, e por sugestão de Rhonheimer, como o da resposta à questão *Quis interpretabitur?*, ou seja, quem é afinal o juiz legítimo, autorizado e único das controvérsias filosóficas, políticas e religiosas que causaram a ruptura da paz na Inglaterra do séc. XVII³⁵¹. Mas nos parece que Hobbes não se contentaria, a bem da verdade, com a atribuição a alguém do monopólio de uma simples *interpretação*, no rigor no termo, acerca do bom e do justo. Afinal, mesmo que Hobbes lograsse convencer deste monopólio, tais interpretações acabariam por ser desafiadas. A resposta de Hobbes para este problema é inequívoca e conhecida: o bom em verdade não existe e se existe é com o justo constituído *pelo soberano*, a saber, pelo portador da pessoa da república³⁵². O soberano é, com efeito, o sucedâneo da *ratio* na nova ciência política: se já não há uma *recta ratio*, um comum critério racional acima das opiniões dos homens, alguém deve ser *escolhido* por consenso, e não por sua razão ou virtude, para doravante *ser* a medida do bom e do mau, do certo e do errado, do justo e do injusto, garantindo assim que os homens não caiam em controvérsia; este alguém é o soberano, e o modo de indicar aos seus súditos os critérios dos quais ele é a medida é a lei civil expressiva da sua vontade³⁵³. Se é o soberano que constitui o o

³⁵¹ Rhonheimer, *La filosofia política di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 78.

³⁵² Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVII.

³⁵³ "In the state of nature, where every man is his own judge, and differeth from other concerning the names and appellations of things, and from those differences arise quarrels, and breach of peace; it was necessary there should be a common measure of all things that might fall in controversy; as for example: of what is to be called right, what good, what virtue, what much, what little, what *meum* and *tuum*, what a pound, what a quart, &c. For in these things private judgments may differ, and beget controversy. This common measure, some say, is right reason: with whom I should consent, if there were any such thing to be found or known *in rerum naturâ*. But commonly they that call for right reason to decide any controversy, do mean their own. But this is certain, *seeing right reason is not existent, the reason of some man, or men, must supply the place thereof; and that man, or men, is he or they, that have the sovereign power*, as hath been already proved; and consequently the civil laws are to all subjects the measures of their actions, whereby to determine, whether they be right or wrong, profitable or unprofitable, virtuous or vicious; and by them the use and definition of all names not agreed upon, and tending to controversy, shall be established" (grifo nosso) (Thomas Hobbes, *The elements of law natural and politic*, London, Simpkin, Marshall, 1889, II Parte, cap. 10, § 8º).

justo e o injusto, o modo próprio desta constituição é agora, portanto, a *legislação*³⁵⁴. É assim que a lei civil, agora o modo do exercício, pelo soberano, daquela prerrogativa, será definida como o conjunto daquelas regras que a república – leia-se, o soberano – impõe aos súditos, por algum sinal suficiente da sua vontade, para a distinção do certo e do errado, ou seja, do que é contrário, e do que não é contrário à regra³⁵⁵. Nada é com efeito injusto senão por contrariedade às leis, que são as regras do certo e do errado, do justo e do injusto³⁵⁶. E como ninguém pode fazer leis senão a república, sendo a república ademais uma única pessoa por meio do representante, que é o soberano, o soberano será o único legislador³⁵⁷, e o detentor, portanto, do monopólio da constituição do justo e do injusto.

Mas sendo embora o detentor do monopólio criativo do justo e do injusto, o soberano é instituído para a garantia da paz, em vista da conservação e de outras condições para uma vida mais satisfeita. Resta saber, portanto, e como perguntamos anteriormente, se este fim que move os súditos à instituição da república por meio de uma recíproca renúncia não impõe ao soberano alguma limitação intencional, de forma que os seus atos possam ser apreciados e de alguma forma qualificados à luz do fim ao qual deveriam servir. Hobbes parece às vezes indicar que sim, quando, por exemplo, afirma que o ofício do soberano é a obtenção da segurança do povo, ao qual está obrigado pela lei da natureza e do qual tem de prestar contas a Deus, o autor dessa lei. Ocorre que logo após dizer que o soberano deve prestar contas a Deus, Hobbes logo arremata: “and to none but him”³⁵⁸. Ora, isto poderia não significar inovação nenhuma, se Hobbes quisesse apenas dizer que

³⁵⁴ “It belongeth [...] to the sovereign to be *judge*, and to prescribe the rules of *discerning good and evil*: which rules are laws; and therefore in him is the legislative power” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XX).

³⁵⁵ “CIVIL LAW, is to every subject, those rules, which the commonwealth hath commanded him, by word, writing, or other sufficient sign of the will, to make use of, for the distinction of right, and wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary to the rule” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI).

³⁵⁶ “[L]aws are the rules of just, and unjust; nothing being reputed unjust, that is not contrary to some law” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI).

³⁵⁷ “The legislator in all commonwealths, is only the sovereign, be he one man, as in a monarchy, or one assembly of men, as in a democracy, or aristocracy. For the legislator is he that maketh the law. And the commonwealth only prescribes, and commandeth the observation of those rules, which we call law: therefore the commonwealth is the legislator. But the commonwealth is no person, nor has capacity to do anything, but by the representative, that is, the sovereign; and therefore the sovereign is the sole legislator” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI).

³⁵⁸ “Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

o soberano não é juridicamente responsável perante mais ninguém senão Deus, sendo embora verdadeiramente obrigado perante os seus súditos a garantir a segurança em conformidade com a lei da natureza. Com efeito, se o soberano estivesse obrigado a observar a *lex naturalis*, sem contudo poder ser juridicamente responsabilizado quando não o fizesse, a construção de Hobbes não divergiria essencialmente da caracterização medieval da relação entre o príncipe e a lei, nos termos da diferenciação entre a sua *vis coactiva* e a sua *vis directiva*. Mas não é disso que se trata. Em primeiro lugar, temos de lembrar que as leis naturais de Hobbes são apenas “conclusões ou teoremas” relativos ao que conduz à conservação e à defesa³⁵⁹, e que o meio conducente a esses fins é a renúncia ao direito de defender-se a si mesmo, com a instituição pactuada de um soberano cujas ações e decisões serão doravante consideradas pelos súditos como sendo suas. Outras condutas que contribuem para a conservação e a defesa devem ser também incorporadas em vista daqueles fins. A lei natural é, portanto, o conjunto das prescrições que o homem deve observar para a garantia da conservação e da mútua defesa. E como as mais importantes dessas prescrições são aquelas que ordenam buscar a paz, mediante a renúncia ao direito de se defender, instituindo um soberano cujos atos e decisões deverão ser consideradas suas por todos os súditos, ninguém jamais, em nenhuma república no mundo, poderá se insurgir contra os atos e decisões do soberano sem violar a lei natural³⁶⁰. Mas para fechar a demonstração falta ainda um elemento, pois que bem poderiam os súditos se opor aos atos e decisões do soberano, alegando que, considerando-os embora seus, não são porventura bons ou justos. Ocorre que os súditos, segundo as premissas que examinamos, já não terão à sua disposição um critério de bondade ou justiça que sirva a esse propósito. O bom é o que o indivíduo deseja, e se o soberano foi instituído por um pacto entre os súditos mediante o qual estes se obrigaram a ter por seus os atos e decisões do soberano, estes atos e decisões, enquanto expressões

³⁵⁹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV.

³⁶⁰ Eis porque a lei natural e a lei civil se contêm reciprocamente, ou, para sermos fiéis ao modo de se expressar do próprio Hobbes, são diferentes partes da mesma lei: “The law of nature [...] is a part of the civil law in all commonwealths of the world. Reciprocally also, the civil law is a part of the dictates of nature. For justice, that is to say, performance of covenant, and giving to every man his own, is a dictate of the law of nature. But every subject in a commonwealth, hath covenanted to obey the civil law; either one with another, as when they assemble to make a common representative, or with the representative itself one by one, when subdued by the sword they promise obedience, that they may receive life; and therefore obedience to the civil law is part also of the law of nature. Civil, and natural law are not different kinds, but different parts of law; whereof one part being written, is called civil, the other unwritten, natural” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI).

do desejo do soberano, são também expressões dos desejos dos súditos, e como tais bons *relativamente a eles*. É evidente que os atos e decisões do soberano também não poderão ser injustos nem como tais considerados, pois a injustiça é o não-cumprimento de um pacto³⁶¹, e, além de não haver nenhum pacto entre os súditos e o soberano, os súditos pactuaram entre si ter por seus e conseqüentemente bons os atos e decisões do soberano, de modo que injusto e contrário à terceira *lex naturalis* seria da parte deles não ter as decisões do soberano por suas e como tais boas, pois a injustiça consiste em desfazer voluntariamente aquilo que inicialmente se tinha voluntariamente feito³⁶². O que sustenta, portanto, a construção, é um dogma do pensamento hobbesiano que vai depois informar todo pensamento político moderno: *volenti non fit iniuria*.

Hobbes invoca repetidamente a ideia que esse adágio expressa, e que vai mais claramente formulada para sustentar a quarta conseqüência da instituição do soberano: “because every subject is by this institution author of all the actions, and judgments of the sovereign instituted; it follows, that whatsoever he doth, it can be no injury to any of his subjects; nor ought he to be by any of them accused of injustice. For he that doth anything by authority from another, doth therein no injury to him by whose authority he acteth: but by this institution of a commonwealth, every particular man is author of all the sovereign doth: and consequently he that complaineth of injury from his sovereign, complaineth of that whereof he himself is author; and therefore ought not to accuse any man but himself; no, nor himself of injury; because to do injury to one’s self, is impossible”³⁶³. Se o súdito desobedece, pode ser justamente destruído, pois permanece em estado de natureza³⁶⁴; se acusa o

³⁶¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XV.

³⁶² Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV.

³⁶³ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVIII. Esta, aliás, é a única forma de equacionar obrigação e liberdade, quando o pressuposto, como para todo o jusracionalismo moderno, é um homem por natureza livre. Nenhum homem tem obrigação nenhuma que não derive de algum ato próprio, pois todos são igualmente livres por natureza (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXI). E se é mesmo assim, a única maneira de opor ao homem naturalmente livre uma obrigação é lembrando que ele renunciou a esta liberdade, e que para além do seu próprio ato livre de disposição não há nenhum critério de justiça e injustiça. Que a obrigação pressupõe um ato de vontade é então uma “verdade tipicamente moderna”, que ecoará depois, v. g., em Rousseau e Kant (Rhonheimer, *La filosofia política di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 150), pois pressupõe algo que só a modernidade postulará, ou seja, que não há ordem de validade, critério de justiça e injustiça, bem ou mal, senão como expressão da autonomia humana.

³⁶⁴ “[B]ecause the major part hath by consenting voices declared a sovereign; he that dissented must now consent with the rest; that is, becontented to avow all the actions he shall do, or else justly be

soberano de algum dano ou injustiça, sua pretensão esbarra na pura impossibilidade e é equivalente ao que nas disputas dos escolásticos se chama *absurdo*, pois uma tal acusação seria como contradizer aquilo que inicialmente se sustentou, ou seja, desfazer aquilo que voluntariamente se fez, que é o que caracteriza a injustiça³⁶⁵.

Mas Hobbes ainda não está satisfeito com esta blindagem que a construção confere ao seu soberano. Contra toda possibilidade de resistência, ele sustentará também que as leis da natureza só se tornam leis graças ao poder do soberano³⁶⁶. A rigor, as leis da natureza de Hobbes são então apenas os critérios que segundo a sua *ratio calculatrix* conduzem à paz, objetivo este que Hobbes acredita que todos os homens aceitarão em razão do medo da morte e pela propensão a garantir uma vida mais satisfeita, de forma que agora o que resta é convencer os homens em cada república de que as deduções do filósofo estão corretas, e que conseqüentemente devem render a mais absoluta obediência aos seus governantes, para a própria conservação, satisfação e deleite, pois afinal a guerra é sempre pior. E o modo que Hobbes imagina adequado à difusão dos seus “teoremas” é, com toda a sua coerência, a incorporação legal e o ensino público da sua ciência política, pelas mãos de um soberano iluminado³⁶⁷. Só assim deixarão de ser a opinião de Hobbes, e passarão a ser leis em sentido próprio, garantindo efetivamente a paz, pois só mediante a autoridade do soberano as opiniões privadas podem se transformar em leis³⁶⁸.

O que o súdito educado conforme à ciência política de Hobbes aprenderá é que só o que a lei natural a rigor prescreve é que o soberano e as suas leis sejam incondicionalmente obedecidos. Como Hobbes, um tal súdito, instruído por ele e movido por suas próprias paixões, verá na lei natural tão-só a expressão de um juízo

destroyed by the rest. For if he voluntarily entered into the congregation of them that were assembled, he sufficiently declared thereby his will, and therefore tacitly covenanted, to stand to what the major part should ordain: and therefore if he refuse to stand thereto, or make protestation against any of their decrees, he does contrary to his covenant, and therefore unjustly. And whether he be of the congregation, or not; and whether his consent be asked, or not, he must either submit to their decrees, or be left in the condition of war he was in before; wherein he might without injustice be destroyed by any man whatsoever” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVIII).

³⁶⁵ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIV.

³⁶⁶ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI.

³⁶⁷ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

³⁶⁸ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI. A propósito, v. Rhonheimer, *La filosofía política di Thomas Hobbes*, op. cit., pp. 167/8.

de conveniência: para a própria conservação, desejada em razão do medo da morte, mas também para a garantia de condições consideradas convenientes por um desejo de conforto e de deleite sensual, a obediência é o melhor caminho. E um súdito assim esclarecido não poderá se insurgir contra o soberano em nome da paz e da segurança sem cair em contradição, pois sabe que para a paz e a segurança a melhor garantia é a obediência incondicional ao soberano, tomando por seus e bons os atos e decisões dele, e que todos os inconvenientes de uma tal irrestrita obediência nunca são maiores do que o que resulta da desobediência e do rompimento daqueles pactos a que a república deve a sua existência³⁶⁹.

É bem verdade, reconhece Hobbes, que o soberano pode causar dano a Deus. Jamais, porém, aos súditos, pois no confronto com estes nunca lhe falta direito a nada seja o que for, pelo mesmo motivo de sempre: “every subject is author of every act the sovereign doth”³⁷⁰. Mas para evitar que apesar de tudo os súditos invoquem a lei ou a vontade divinas, Hobbes ainda quer obrigá-los a obedecer como lei divina ao que a lei positiva estatuir a respeito. Afinal, as leis divinas podem ser declaradas como tais por aqueles a quem Deus autorizou a assim as declarar, mas nem por milagre podem os demais ter a garantia da revelação recebida pelos declarantes, e dificilmente concordarão quanto ao que são os mandamentos de Deus, razão pela qual todos os súditos são obrigados a obedecer *como* lei divina ao que como tal for declarado pelas leis da república (“all subjects are bound to obey that for divine law, which is declared to be so, by the laws of the commonwealth”)³⁷¹. Instituído assim uma nova *theologia civilis*, o pacto hobbesiano pretendia garantir paz e segurança contra indivíduos que se diziam inspirados por Deus³⁷².

Vemos assim como o soberano do *Leviathan* difere do soberano medieval, constituído pelo direito e sujeito à *vis directiva* da lei. Este novo soberano não é apenas *legibus solutus*, isento de responsabilidade jurídica, vez que ninguém pode nem sequer argumentativamente invocar contra os seus atos e decisões, e especialmente contra a sua lei, uma qualquer ordem de validade a que ele esteja

³⁶⁹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., caps. XI e XX.

³⁷⁰ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXI.

³⁷¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI.

³⁷² Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 32.

porventura sujeito, devendo isto ser assegurado pelas leis e ensinado mediante instrução pública³⁷³. Para conseguir este resultado, Hobbes não se limitou a instituir uma nova “verdade pragmática”, segundo a qual é sempre verdadeira por conveniência, e para a paz, a lei civil³⁷⁴. O filósofo sabia que, enquanto estivessem à disposição as categorias que simbolizam a experiência humana da transcendência, tais categorias seriam empregadas para desafiar a justiça e a bondade dos atos e decisões do soberano. Por isso, tais categorias foram banidas do vocabulário ou inteiramente transfiguradas, para expressarem doravante apenas os desejos, decisões ou vontades dos homens. Embora o próprio Hobbes se considere autorizado a estabelecer critérios para aferir a bondade de uma lei³⁷⁵, do ponto de vista interno, ou seja, de quem está sujeito ao soberano, a sua lei é boa por definição, simplesmente por ser, na medida em que expressa o desejo dos próprios súditos, e já que ninguém pode causar dano a si mesmo. Sob o poder civil, de fato a lei natural não passa, nas palavras de Norberto Bobbio, de um mero *flatus vocis*³⁷⁶, pois não prescreve senão que os homens se deixem governar pelo soberano, em obediência às suas leis³⁷⁷. O *jus naturale* se reduz, por sua vez, a um direito a defender-se, para a própria conservação, e, embora o soberano seja instituído para uma mais perfeita garantia da conservação de quem o institui, isto se dá por meio precisamente da renúncia àquele *jus*³⁷⁸. E como o direito renunciado em favor do

³⁷³ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

³⁷⁴ “[L]a stessa logica della positività della legge è l’unica verità che conta, perché è proprio questo tipo di ‘verità’ pragmatica, ossia politica, che conduce alla pace e con ciò alla realizzazione della libertà civile” (Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 220).

³⁷⁵ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

³⁷⁶ Logo após essa afirmação, Bobbio chama a atenção, aliás, para um aspecto importante da teoria hobbesiana da lei natural: no estado civil, a lei natural não vigora, pois é substituída pela lei civil; no estado de natureza, vigora a absoluta liberdade, ou apenas a lei da utilidade e da força. E se não há outros estados em que o homem possa viver, para a lei natural o presente não existe nunca em nenhum lugar: “no estado de natureza, ela ainda não é; no estado civil, já não é mais” (“Lei natural e lei civil na filosofia política de Hobbes”, *Thomas Hobbes*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1991, p. 123). Mas parece que Hobbes reconhece precisamente isso sempre que alerta que a lei natural só é lei em sentido impróprio, e isto é consistente com a sua caracterização da *lex naturalis* como um conjunto de teoremas que indicam os meios para uma melhor conservação. Não são leis em sentido próprio, como salientamos, mas juízos de conveniência que a ninguém obrigam mas informam da vantagem de buscar a paz, renunciar ao *jus naturale*, instituir um soberano, etc. É evidente que uma lei assim considerada não guarda nenhuma semelhança com a lei natural medieval, que era propriamente lei e obrigava governantes e governados.

³⁷⁷ Bobbio, “Lei natural e lei civil na filosofia política de Hobbes”, op. cit., pp.105-8.

³⁷⁸ Parece-nos equivocada a interpretação de Martin Rhonheimer, no sentido de que o soberano é instituído para tutelar o *jus naturale* (*La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., pp. 170-3), pois em Hobbes o *jus naturale* consiste no direito de se defender pela própria força para a própria conservação, e é precisamente na renúncia ao desforço próprio que Hobbes identifica a condição

soberano é puro poder (*potestas*), liberdade sem limites, o soberano, permanecendo em estado de natureza, e liberto de toda obrigação, não enfrenta nenhum tipo de limitação e pode agir à vontade, como entender conveniente, para a própria conservação³⁷⁹. Enfim, se podemos afirmar com Harold Laski que, antes de Hobbes, “the king and the law were not synonymous terms”³⁸⁰, com ele tudo se altera: o soberano é o direito, e o poder legislativo que encerra é não só absoluto como declaradamente arbitrário³⁸¹. Só assim o grande deus mortal de Hobbes poderá fazer face à soberba e às sediciosas opiniões dos “private men” e vir coroado como “the king of all the children of pride”³⁸².

2.1.g) A constituição eterna de um cidadão iluminado

A filosofia política de Hobbes já não constitui uma especulação acerca do melhor regime, na pressuposição da possibilidade de uma diferenciação entre o melhor e o atual. Assim como a melhor lei é a que é por ser simplesmente, a melhor constituição é sempre a atual, mesmo que um outro tipo pudesse, desde o ponto de vista do filósofo, se mostrar mais eficaz para a garantia da paz. Isso fica evidente quando o *Leviathan* sustenta que o povo deve ser instruído na ciência política de Hobbes, para saber que não deve se enamorar de nenhuma constituição mais do que da sua própria, e que tampouco deve desejar a mudança, não importando as circunstâncias. Pois a prosperidade de um povo não vem do modo como as magistraturas são organizadas – seja o soberano um homem, como na monarquia, ou uma assembléia, como na aristocracia e na democracia –, mas sim da obediência e, conseqüentemente, da concórdia dos súditos³⁸³. Hobbes só admite, portanto, a existência de três tipos de constituições: a monarquia, quando o soberano é um só homem; a aristocracia, quando é uma assembléia de parte apenas dos que

para a superação do estado de natureza, com a instituição do estado civil. O *jus naturale* é, portanto, direito a um específico meio para a autoconservação; os súditos renunciam ao meio, não ao fim, pois instituem o soberano porque é meio mais eficaz para a própria conservação do que a defesa por desforço próprio, e tanto é assim que só preservam o *jus naturale* quando o perigo vier do próprio soberano: não tendo, neste caso apenas, a quem recorrer, o súdito poderá se defender por desforço próprio (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXI).

³⁷⁹ Rhonheimer, *La filosofia política di Thomas Hobbes*, op. cit., pp. 115-6 e 159.

³⁸⁰ Harold J. Laski, “The foundations of sovereignty”, op. cit., p. 10.

³⁸¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., “A Review, and Conclusion”.

³⁸² Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVIII.

³⁸³ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

instituíram a república; e a democracia, quando a soberania é incorporada por uma assembleia de todos os que se uniram mediante um pacto³⁸⁴. Essas únicas constituições distinguem-se apenas formalmente, conforme a um critério numérico. Não encontraremos aí lugar para ulteriores critérios de distinção, pois não há nenhum *standard* disponível por meio do qual fosse possível propor diferenciações qualitativas. Só o que há para além do bem e do justo constituídos pelo regime atual são desejos ou manifestações mascaradas das paixões de cada indivíduo, e por isso outras qualificações, tais como tirania, oligarquia e anarquia, não são senão expressões do desgosto pessoal de quem os emprega, para, contudo, referirem àqueles únicos três regimes que Hobbes admite. Se alguém designa tirania ao governo de um só, oligarquia ao de uma assembleia, ou anarquia ao de todos, isto não significa senão que não gostam ou que se sentem agravados pela monarquia, pela aristocracia, ou pela democracia a que na verdade se refere³⁸⁵.

Na nova ciência política, já não pode então haver nenhuma justiça absolutamente considerada, mas apenas a justiça relativamente ao regime, assim como não pode haver um *spoudaios*, um homem bom absolutamente, senão como bom cidadão, ou seja, bom conforme ao seu regime, ou aos critérios expressivos da vontade do seu soberano. E esse cidadão é sempre, paradoxalmente, e em última instância, o mesmo: um homem “iluminado” pela paixão do medo da morte e instruído nos teoremas que Hobbes descobriu conduzirem à paz e, conseqüentemente, à conservação e a uma vida mais satisfeita. A garantia para a estabilização na história de uma constituição é dada, portanto, pelo “esclarecimento”, ou seja, por um completo fechamento do homem para transcendência.

Conforme muito apropriadamente Leo Strauss notou, Hobbes estava consciente da fundamental objeção à sua suposição elementar: em muitos casos, o medo da morte violenta se mostra uma força menor do que o temor a Deus. A eficaz

³⁸⁴ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIX.

³⁸⁵ “There be other names of government, in the histories, and books of policy; as *tyranny*, and *oligarchy*: but they are not the names of other forms of government, but of the same forms misliked. For they that are discontented under *monarchy*, call it *tyranny*; and they that are displeased with *aristocracy*, call it *oligarchy*: so also, they which find themselves grieved under a *democracy*, call it *anarchy*, which signifies want of government; and yet I think no man believes, that want of government, is any new kind of government: nor by the same reason ought they to believe, that the government is of one kind, when they like it, and another, when they dislike it, or are oppressed by the governors” (Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XIX).

operação de todo o esquema sugerido por Hobbes requer, portanto, o enfraquecimento ou a eliminação do medo de quaisquer poderes invisíveis, e conseqüentemente uma radical mudança de orientação que só pode ser conseguida por meio do desancantamento do mundo, pela difusão do conhecimento científico – tal como pretendia ser o da nova *lex naturalis* – ou pelo “esclarecimento” popular. A teoria política de Hobbes é então a primeira, conclui Strauss, que aponta inequivocamente para uma sociedade inteiramente “esclarecida” como solução para o problema político³⁸⁶. Cidadãos adequadamente “esclarecidos” conforme aos princípios da razão encontrados por Hobbes poderiam, com efeito, e salvo por violência externa, “to make their constitution, excepting by external violence, everlasting”³⁸⁷.

2.1.h) Conclusão: a ordem política moderna e os pressupostos de uma nova compreensão da normatividade

Hobbes substituiu o “melhor regime” pelo “governo legítimo”³⁸⁸. A sua ciência política não é, com efeito, senão uma teoria da legitimação política, como de resto será a moderna *lex naturalis disciplina* que acabou por triunfar³⁸⁹. É certo que o

³⁸⁶ Leo Strauss, *Natural right and history*, op. cit., p. 198.

³⁸⁷ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXX.

³⁸⁸ Leo Strauss, *Natural right and history*, op. cit., pp. 190/1.

³⁸⁹ Não desconhecemos a vertente axiomática do jusracionalismo, mas é certo que esta preserva – numa atitude que é já, contudo, humanamente centrada e de um racionalismo sistemático-dedutivista, pelo que será tipicamente moderna – um dos traços distintivos do jusnaturalismo clássico e medieval, e que a diferencia do jusracionalismo que vemos representado por Hobbes. Referimo-nos àquela linha do jusracionalismo que de formas embora relativamente diversas vemos num *continuum* desenvolvida por Grócio, Leibniz, Wolff, Domat, etc., e que em todos se revela na tendência à construção *more geometrico* de um direito racional de conteúdo material – daí o seu vínculo com o jusnaturalismo clássico – que, a despeito disso – e nisto também será caracteristicamente moderna esta vertente do jusracionalismo –, terá de contar com a chancela do poder, na forma da sua positivação legal, para de direito ou normatividade ideal se converter em direito propriamente dito (Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 530-5). Não desconhecemos igualmente a enorme influência que um tal jusracionalismo axiomático terá no pensamento jurídico posterior, e uma influência que decerto se fará sentir fortemente ainda hoje, especialmente na seara da metodologia jurídica – basta lembrar a Jurisprudência dos Conceitos e a sua compreensão do direito como um sistema normativo-conceitual lógico-dedutivamente estruturado e formalmente fechado, que encontramos ainda sempre representada nos manuais jurídicos, em muitas lições das faculdades de direito e no modo de pensar do jurista forense (a propósito das atitudes metodológicas do jusracionalismo, e da influência que assim terá sobre a Jurisprudência dos Conceitos, v. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, tradução de A. M. Botelho Hespanha, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1993, pp. 279-310). Mas se é certo que esta linha do moderno jusracionalismo deixou por todos os lados os seus rastros, é também fora de dúvida que já não releva substancialmente para o enfrentamento do problema da presente investigação, diversamente do que ocorre com o jusracionalismo da filosofia política de Hobbes, onde vemos assentadas certas ideias que conservam

poder do soberano é um poder autorizado, que ostenta um título de legitimidade³⁹⁰. O soberano afinal tem *direitos*, conferidos por consentimento do povo reunido³⁹¹. Mas uma tal legitimação serve apenas para sustentar como verdadeiramente normativas todas e apenas as regras e decisões impostas pela autoridade legitimada. Podemos então dizer com Bobbio que a lei natural moderna já não tem valor normativo, mas meramente demonstrativo, pela demonstração que pode dar da validade de um sistema de normas³⁹², e de uma validade que, rompendo com o jusnaturalismo anterior, já não é nem supõe conformidade material a uma ordem normativa superior, mas apenas derivação da autoridade legítima. Como muito sugestivamente se expressa Ronald Dworkin, para caracterizar o positivismo jurídico contemporâneo, esta nova validade é somente uma questão de *pedigree*³⁹³.

Hobbes é de fato radical nesse ponto, pois confere legitimidade a qualquer poder político estabelecido. A sua ciência política, conforme Rhonheimer, é uma forma essencialmente nova de jusnaturalismo, porquanto melhor se caracteriza como uma teoria metapolítica do poder político, ou seja, como um jusnaturalismo que funda e legitima não determinadas normas, mas indistintamente qualquer ordem normativa enquanto tal, pois a melhor ordem política e jurídica será sempre a atual, ou pelo menos deve ser assim considerada por todos que estejam sujeitos a ela, vez que toda oposição em atos ou palavras tem o potencial de desestabilizar o poder estabelecido e causar divergência e conflito, ou de enfraquecer a sua capacidade de aplacar a soberba, com o perigo nisto implicado, que é, bem sabemos, o retorno à miserável condição de uma guerra de todos contra todos. Trata-se, em suma, do que se convencionou chamar positivismo jurídico, mesmo que se trate, como quer

a sua força e persuasividade originais e obstam ainda persistentemente a articulação de uma compreensão do político e da ordem política em que o direito possa integrar-se relevantemente com a sua específica autonomia. Mesmo assim, faremos algumas necessárias referências ao jusracionalismo axiomático no capítulo seguinte, quando nos ocuparemos da legalidade moderno-iluminista.

³⁹⁰ Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 149

³⁹¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XVIII.

³⁹² Bobbio, “Lei natural e lei civil na filosofia política de Hobbes”, op. cit., p. 127.

³⁹³ Ronald Dworkin, “The model of rules I”, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 17. Uma geral caracterização da validade da lei moderna como questão de *pedigree*, e não de conteúdo, pode ser encontrada na excelente tese doutoral defendida por Luis Fernando Barzotto na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, São Leopoldo, UNISINOS, 2003, pp. 13/4).

Rhonheimer, de um positivismo “*fondato e legittimato*”³⁹⁴, ou um positivismo jurídico de transição, que depois dará lugar à substituição da *lex naturalis* por uma “norma fundamental”, e que só é ainda jusnaturalismo na medida em que, em vez de subordinar materialmente o conteúdo do direito positivo a um direito natural de conteúdo normativamente material, valida o ordenamento positivo em seu conjunto, legitimando a autoridade da qual deriva³⁹⁵.

O que a partir de agora importa então para a juridicidade é quem decide, pois toda ordem jurídica é baseada em uma decisão³⁹⁶ – mesmo que seja, como ainda em Hobbes, na decisão de uma autoridade legitimada –, pelo que o *slogan* do pensamento jurídico doravante será: *auctoritas, non veritas facit legem*. E se o novo soberano tem o monopólio daquela decisão, por deter essa suprema autoridade, se torna no mundo um análogo de Deus, um “criador primevo” transposto para o mundo político³⁹⁷. Uma vez instituído, um tal soberano não se vê, de fato, sujeito a nenhuma ordem de validade material, a nenhuma lei nem a nenhum direito em sentido próprio. Não resta nenhuma normatividade material para além da ordem da sociedade, e nem o soberano é legitimado por sua *ratio* – a saber, por sua participação naquela ordem e por sua conseqüente capacidade de permear a ordem da sociedade com aquela validade superior –, nem, uma vez instituído, está, por óbvio, sujeito a nenhuma validade normativa, pois é ele a *fonte* de toda normatividade politicamente relevante e juridicamente cogente. Nem mesmo o cristianismo vai mantido na sua natural condição, que é a de uma verdade representativa da transcendência. O que vemos teoricamente consumada é a sua redução à nova condição de teologia civil dos povos cristãos, e, assim convertida, a verdade que representa já não poderá ser invocada contra a autoridade política como uma verdade da alma, até mesmo porque o poder espiritual, que no consenso medieval tinha a função de guardar

³⁹⁴ Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 232.

³⁹⁵ Norberto Bobbio, “Hobbes e o jusnaturalismo”, *Thomas Hobbes*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1991, pp. 139 e ss.

³⁹⁶ Carl Schmitt, *Political theology...*, op. cit., pp. 10 e 34.

³⁹⁷ Carl Schmitt, *Political theology...*, op. cit., pp. 46/7. É esta, como salienta Schmitt, e tal como já antecipamos, a diferença entre Hobbes e Bodin. A teoria da soberania de Bodin ainda estava inscrita no pensamento tradicional da ordem, pois a decisão do antigo soberano pressupunha uma ordem e de alguma forma tomava desta ordem a sua validade. Com Hobbes se passa algo j[á] inteiramente diverso: a *auctoritas* que “faz” as leis não está inserida no contexto de uma ordem anterior, e por isso desaparece completamente a distinção antes corrente entre *auctoritas* e *potestas*. O soberano é aquele que *instaura* a ordem a partir de uma “nada normativo” (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, tradução de Montserrat Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 29-31).

aquela verdade, restou no esquema do *Leviathan* incorporado pelo poder temporal³⁹⁸, que é soberano no novo e revolucionário sentido do termo.

É por isso tudo que Leo Strauss afirma que o pressuposto da soberania moderna é a superação do racionalismo político clássico³⁹⁹ – um racionalismo, como vimos, moderado e muito diverso deste jusracionalismo que estamos a considerar, pois vivia da suposição de que existe uma ordem de validade material superior à ordem da sociedade na qual os homens e aquela sociedade mesma podem e devem participar, eles mediante a abertura da alma para a transcendência, que é o traço verdadeiramente constitutivo da sua natureza, e a ordem da sociedade por meio da incorporação de leis descobertas participativamente, e com a presença no governo de homens formados em abertura para a fonte transcendente da ordem, mas, tudo isso, sem a esperança de que uma inteira e definitiva atualização do melhor regime pudesse algum dia ser conseguida, estabilizando na história uma constituição perfeita e eterna, em razão sobretudo da limitação essencial do homem no confronto com uma transcendência que o ultrapassa e que não pode ser cognitivamente dominada nem ver todas as suas exigências historicamente satisfeitas. Só quando já não há uma ordem superior de validade material nem uma *recta ratio* que consubstancie a participação naquela ordem, recomendando de resto um governo por quem se mostre mais sensível às suas exigências, é que pode surgir um soberano-medida legitimado apenas pelo consenso, e uma eterna ordem política fechada numa normatividade inteiramente derivada do poder político.

Ao reunirem-se sob um representante, é como se os indivíduos, transformados em súditos sob a persuasiva influência dos pragmáticos “teoremas” de Hobbes, atualizassem a ordem divina na história, desfazendo aquela tensão entre a verdade da alma e a verdade da sociedade, que se tornara de fato ruínosa quando a primeira fora apropriada por indivíduos que queriam atualizá-la pelas armas. O que Hobbes assim realmente pretendia era, enfim, simplificar a estrutura da política, com a expulsão da verdade da alma, mediante a transformação da *theologia supranaturalis* cristã em *theologia civilis*, mas também, e para que aquele

³⁹⁸ É nesse sentido que a teologia que encontramos no *Leviathan* é uma “teologia política” (cf. Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, op. cit., pp. 237/8).

³⁹⁹ Leo Strauss, *The political philosophy of Hobbes...*, op. cit., pp. 157-60.

propósito se realizasse, por meio da incorporação política, pelos soberanos do mundo, da sua própria verdade⁴⁰⁰. E tanto é assim que Hobbes confessou sem meias palavras que concordava com Platão quanto à necessidade de o soberano ser um filósofo, nutrindo ademais a esperança de que a sua obra viesse um dia a cair nas mãos de um soberano capaz de convertê-la de verdade especulativa à utilidade da prática⁴⁰¹. Ocorre que nem Platão manteve a pretensão de atualização da sua melhor ordem política, nem a melhor ordem política de Platão era uma ordem humana fechada para a fonte transcendente da ordem ou imune às materiais exigências que ele mesmo havia descoberto na abertura da sua alma para aquela mesma fonte. Por isso é que Voegelin conclui que a simplificação consumada pela teoria da representação de Hobbes, que enfim acaba, diversamente do que ocorre com a filosofia política clássica, não numa articulação praticamente possível entre a verdade da sociedade e a verdade da alma, mas, a rigor, numa expulsão desta verdade que resulta na negação da tensão entre a ordem da sociedade e qualquer ordem superior, transformando a ordem da sociedade ela mesma em um *escathon*, “pertence à classe dos equívocos gnósticos” – e isto embora, e paradoxalmente, uma tal teoria tenha sido concebida para enfrentar a pretensão de revolucionários gnósticos que queriam transformar a sociedade em nome da verdade da alma, tal como vinha compreendida por eles⁴⁰². A resposta de Hobbes é simplesmente a de que não há verdade para além da verdade da sociedade política, nem normatividade nenhuma para além da normatividade constituída pela autoridade soberana, como quer que sejam, aquela sociedade e esta criada normatividade, na imanência da sua existência histórica.

É assim chegado finalmente o momento de concluir esta apreciação do *Leviathan*, justificando a sua extensão com uma nota acerca da relevância, para o jurista, da obra magna de Thomas Hobbes. É que no seu pensamento, com tudo o que nele vimos, mas sobretudo com o fechamento do homem e da ordem política histórica para qualquer ordem transcendente de validade material, de que acabamos de falar, se encontram já perfeitamente delineados e definitivamente assentados os

⁴⁰⁰ Voegelin, *The new science...*, op. cit., pp. 152 e ss.

⁴⁰¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXXI.

⁴⁰² Voegelin, *The new science...*, op. cit., p. 152.

três fundamentais pressupostos de toda a compreensão tipicamente moderna da normatividade político-juridicamente relevante.

O primeiro desses pressupostos está muito sinteticamente condensado naquele *slogan* que expressa a inversão da relação entre a validade e a legitimidade, com a prioridade já agora da última: *auctoritas, non veritas facit legem*. O segundo encontra uma sua expressão noutra cânone do pensamento político-filosófico moderno que manifesta a nova atitude relativamente à autoridade, baseada certamente noutra artigo de fé da modernidade, que é a autonomia humana: *principatus politicus ex solo populi consensu* – a legitimidade é uma questão de representatividade, pois o moderno fundamento da ordem e de toda normatividade só pode agora ser em última instância um ato de vontade dos indivíduos que vão naquela ordem integrados e àquela normatividade sujeitos. O terceiro, que os herdeiros de Hobbes não conseguirão dispensar, funciona como uma espécie de blindagem da construção contra qualquer esporádica objeção: *volenti non fit iniuria* – a validade é a necessária conseqüência da legitimidade, pois se a autoridade repousa afinal num ato de vontade dos cidadãos, a sua é a vontade destes cidadãos mesmos, e não pode, portanto, ser injusta nem causar dano nenhum. Esses são os três fundamentais pilares da “compreensão moderna do direito”, e adiante teremos de voltar a considerá-los, não embora para esclarecer apenas esta nova compreensão, que acabaram por forjar com a concorrência de outros fatores, mas antes para demonstrar a sua radical incompatibilidade com aquele que a nosso ver é o autêntico sentido do direito e de uma ordem política em que este direito se integre relevantemente em sua específica e diferenciadora autonomia. Antes, porém, teremos de mostrar como aqueles pressupostos político-filosóficos que são também os pilares da atitude moderna relativa à juridicidade viriam a ser traduzidos em termos que pudessem ser assimilados pelo credo democrático, conservando até hoje, assim, a sua atualidade.

2.2. O *Contrat Social* e a democrática tradução dos pressupostos da compreensão moderna da normatividade

Os pressupostos da filosofia política moderna tão firmemente assentados por Hobbes conseguirão não só sobreviver ao democratismo moderno mas também

incrementar o seu poder de atração, justamente porque a teoria política moderna mais tipicamente democrática tem neles mesmos os seus inamovíveis alicerces, e isto a ponto de tê-los tornado tão indispensáveis que qualquer articulada compreensão político ou jurídico-filosófica incompatível com aqueles pressupostos vai logo, ainda hoje – e talvez particularmente hoje –, repudiada sem mais por sua alegada tendência antidemocrática e elitista. E é isso mesmo que torna urgente o enfrentamento daqueles pressupostos, e uma abordagem do político que inteiramente os supere, pois uma adequada compreensão da juridicidade e a articulação de uma ordem política que reserve ao direito um lugar de destaque encontra sempre o mesmo obstáculo: o democratismo e uma compreensão da democracia que retém em suas bases, a modo de fundamento mesmo, aquelas três ideias capitais que mais ou menos reformuladas devem sua difusão a Hobbes. Vamos então nos concentrar agora em Rousseau, pois foi o genebrino o principal responsável por esta reformulação.

O problema que Rousseau toma para si é o da legitimação do poder político. Em toda parte, segundo pensa, o homem está posto a ferros. Rousseau declara ignorar como este resultado se produziu, mas acredita poder tornar legítima a sujeição de um homem assim naturalmente livre⁴⁰³. As premissas logo assumidas refletem muito de perto as ideias que vimos orientarem a construção do *Leviathan*: o homem é naturalmente livre, e a sua primeira lei é zelar pela própria conservação; é ele mesmo o único juiz dos meios apropriados para a garantia da própria conservação, e se torna assim o seu próprio senhor; tendo todos nascidos livres e iguais, não alienam a sua liberdade senão para a própria utilidade⁴⁰⁴; ocorre de uma tal utilidade surgir quando em estado de natureza os obstáculos prejudiciais à própria conservação vencem as forças que cada indivíduo pode empregar para não perecer⁴⁰⁵. A partir daí começamos a perceber alguns traços que distinguirão a construção de Rousseau relativamente à de Hobbes, pois Rousseau considera que a solução não pode advir de uma renúncia à liberdade, uma vez que a liberdade é a

⁴⁰³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Paris, Flammarion, 2001, I, 1.

⁴⁰⁴ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 2.

⁴⁰⁵ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 6.

condição especificamente humana, e uma tal renúncia seria portanto incompatível com a natureza do homem⁴⁰⁶.

O argumento prossegue então nos seguintes termos. Não dispondo de outro meio para vencer as forças que opõem resistência à própria conservação, os homens têm de formar por agregação das suas uma força que possa prevalecer sobre a resistência e colocar as forças de todos em acordo para uma comum motivação. A questão é como instituir uma tal “soma de forças” que seja capaz de garantir a preservação sem, contudo, subtrair do homem a sua natural liberdade e autonomia. Rousseau explicita assim claramente a intenção da sua filosofia política, e a solução que propõe: “Trouver une forme d’association qui défende et protège de tout la force commune la personne et le biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant a tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant?’ Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution”⁴⁰⁷.

Rousseau concordará com Hobbes quanto à condição da autoridade legítima ser um pacto⁴⁰⁸. Tendo todo homem nascido livre e senhor de si mesmo, ninguém pode sujeitá-lo sem o seu consentimento⁴⁰⁹. Mas Rousseau se recusa a aceitar que por um tal ato voluntário devam os indivíduos renunciar à própria liberdade. Num aparente paradoxo, o contrato social de Rousseau se reduz, contudo, a uma “aliénation totale de chache associé avec tout ses droits à toute la communauté”⁴¹⁰. Ocorre que não se trata de uma alienação a um específico homem ou a uma identificável assembléia de homens, e assim de uma alienação por uma parte da sociedade à outra, por maior que seja aquela e pequena esta, como no caso de Hobbes. No contrato social de Rousseau, o que vemos é a proposta de uma alienação de todos a um *todo* do qual cada um passa a ser membro. Este é o trunfo por trás da paradoxal preservação da liberdade por um indivíduo que se dá totalmente à comunidade política. Aquele todo constituirá então um corpo moral e

⁴⁰⁶ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 4.

⁴⁰⁷ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 6.

⁴⁰⁸ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 3.

⁴⁰⁹ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., IV, 2.

⁴¹⁰ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 6.

coletivo que recebe do ato de associação “son unité, son *moi* commune, sa vie et sa volonté”. Esta sua vontade será designada, como se sabe, *volonté générale* – uma vontade sob cuja “suprême direction” cada um coloca em comum toda sua pessoa e todo o seu poder, e que será a máxima expressão da nova “pessoa pública” chamada *République*, e mais particularmente *Souverain*, quando se tratar de considerá-la na sua capacidade ativa⁴¹¹.

Rousseau logo destaca que este seu soberano, sendo formado apenas pelos indivíduos que o compõem, não tem nem pode ter nenhum interesse contrário aos deles. É bem verdade que a vontade particular do indivíduo pode ser contrária à vontade geral, e o seu particular interesse contrário ao interesse comum. Mas a vontade geral é sempre a vontade de cada indivíduo *como* cidadão. E se a vontade geral é nesses termos a vontade do cidadão, não poderá este, como cidadão, desobedecê-la, pois a sua liberdade é compreendida agora como autonomia e consiste nisso mesmo: em obedecer somente a si próprio. A alternativa à sujeição ao soberano é a dependência pessoal, ou seja, a sujeição a outros, e por isso Rousseau poderá concluir que aquele que se recusar a obedecer à vontade geral deverá ser forçado por todo o corpo a obedecê-la, o que não significa senão que o corpo assim forçá-lo-á a ser livre. Estrita obediência, mas somente à *volonté générale*: é esta a condição de legitimidade do exercício do poder⁴¹².

Com o contrato social o homem perde então a sua liberdade natural, cujos limites encontram-se apenas nas forças do indivíduo, e o direito ilimitado a tudo que deseja e que pode porventura alcançar. Ganha em contrapartida a liberdade civil, limitada pela vontade geral, e a propriedade das coisas que possui, e que antes não se encontravam senão apenas em sua posse. Mais importante, no estado civil o homem se liberta do jugo dos seus apetites e se torna verdadeiramente senhor de si, com a aquisição de uma nova liberdade que Rousseau chamará “liberté morale”⁴¹³. Como em Hobbes, o estado civil é, portanto, não natural, mas um artifício que confere aos homens mais vantagens do que desvantagens.

⁴¹¹ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 6.

⁴¹² Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 7.

⁴¹³ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 8.

As semelhanças com a teoria política do *Leviathan* são mesmo impressionantes. Mas também podemos notar uma relevante distinção na caracterização do soberano, por Hobbes e por Rousseau. A vontade do soberano de Hobbes é a vontade dos seus súditos porque estes o constituíram, fazendo suas a vontade do assim instituído representante. A vontade do soberano é a dos seus súditos como a do mandatário é, portanto, a do mandante. Já a *volonté* do soberano de Rousseau não corresponde à dos cidadãos como se deles procedesse por um mandato ou autorização. Trata-se de uma vontade que dirige as “forças do estado” para o seu apropriado fim, que é o bem comum, mas que só cumpre esta tarefa e corresponde às vontades dos cidadãos se for *générale*. A vontade do soberano se vê assim relevantemente qualificada: não pode ser uma vontade parcial, expressiva de interesses parciais ou particulares⁴¹⁴. Rousseau precisa então de uma ulterior garantia além da pura e simples renúncia característica do pacto hobbesiano, com a consequente instituição de um representante cuja vontade, como nesta versão do contratualismo, será *ipso facto* tomada por suas pelos súditos. A vontade geral de Rousseau terá de ser, diversamente, formada por deliberação dos cidadãos, e para a garantia de que resultará não apenas a vontade de todos, que a rigor não faz senão expressar uma soma de vontades particulares, é necessário que os cidadãos não participem organizados em associações parciais ou facções, pois neste caso as vontades de tais corpos intermédios comparecerão como gerais em relação às dos seus integrantes, e parciais em relação à totalidade do corpo político, podendo causar um desequilíbrio e fazendo prevalecer a vontade de uma parte, diversamente do que ocorre quando os cidadãos deliberam como indivíduos, preferencialmente sem se comunicarem, pois nesta hipótese as diferenças (“le plus et le moins” de cada vontade particular) se anulam reciprocamente, restando como soma das diferenças a vontade geral⁴¹⁵. Mas mesmo esta garantia relativa à formação da vontade geral não é ainda suficiente. Rousseau quer ademais que a vontade geral se expresse geralmente, ou seja, em termos que não só parta de todos, mas também se aplique a todos, não tomando por objeto homens ou fatos particulares, e tudo de modo que cada um se submeta às condições que simultaneamente impõe aos outros. Uma lei geral, na impositação e na intencionalidade, será então a derradeira garantia de que o corpo político seja governado pela *volonté générale*, e

⁴¹⁴ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 1 e 2.

⁴¹⁵ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 3.

de que resultará uma rigorosa igualdade de direitos e obrigações. Enquanto os súditos estiverem apenas sujeitos a tais convenções, não obedecerão a nenhuma outra pessoa, mas apenas à própria vontade⁴¹⁶. Na lei a generalidade está, de fato, tanto na matéria sobre a qual se estatui quanto na vontade que a estatui⁴¹⁷. Disso decorrem, segundo Rousseau, algumas diretas consequências, das quais para o nosso propósito investigativo relevam agora duas: (a) as leis são apenas registros das nossas vontades, e por isso é legítima a submissão a elas, sem que nisto vá implicado qualquer prejuízo à liberdade; e (b) se não passam de simples registros das nossas vontades, as leis jamais poderão ser injustas, pois “ninguém é injusto consigo mesmo”⁴¹⁸.

Chama-se portanto *République* todo estado regido pelas leis, no sentido próprio do termo, qualquer que seja a sua forma de administração. A regência de tais leis garante que a *volonté générale* prevalecerá e que o interesse público, conseqüentemente, governará. Disso, e disso apenas, dependerá a legitimidade do poder político. Tratando-se então verdadeiramente de uma república, e assim de um governo orientado pela vontade geral, “qui est la loi”, a legitimidade ver-se-á garantida⁴¹⁹. É aparentemente este o sentido da importante conclusão de Rousseau acerca do *ser* do soberano: “Le Souverain, par cela seul qu’il est, est toujours tout ce qu’il doit être”⁴²⁰. O que importa é a regência por leis gerais. Essa é a peculiaridade de uma república, pois é o que dá garantia da prevalência da *volonté générale* e o que legitima a autoridade⁴²¹. E se o soberano é aquele que “n’ayant d’autre force

⁴¹⁶ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 4. Note-se que para isso resultar não é de forma nenhuma necessária a unanimidade na aprovação das leis: o voto vencido só prova que o votante estava enganado quanto à vontade geral que é a sua (idem, ibidem, IV, 2).

⁴¹⁷ “[L]a matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C’est cet acte que j’appelle une loi” (Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 6).

⁴¹⁸ “Sur cette idée – Rousseau refere-se à generalidade na vontade que estatui e no objeto sobre o qual estatui a lei – on voit à l’instant qu’il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale; ni si le Prince est au-dessus des lois, puisqu’il est membre de l’État; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu’elles ne sont que des registres de nos volontés” (Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 4).

⁴¹⁹ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 6. Daí podermos afirmar com Castanheira Neves que a lei geral é a solução para o problema rousseauiano da legitimidade do poder: “com a lei, deste modo entendida, se resolveria por inteiro o problema político” (*O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 544).

⁴²⁰ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., I, 7.

⁴²¹ Convém notar a esse propósito que Rousseau retém a distinção clássica entre legislação e governo, e isto permite que o genebrino conceba uma república legítima, em conformidade porém com a sua teoria da vontade geral soberana, cujo governo não seja necessariamente democrático. O

que la puissance législative n'agit que par des lois"⁴²², sendo ademais a regência das leis tudo que importa, o soberano só pode mesmo ser já tudo o que deve ser.

O decisivo ponto em comum entre Rousseau e Hobbes está precisamente nesta afirmação de que o soberano, pelo mero fato de ser, é já tudo o que deveria ser⁴²³. É certo que em Rousseau, diversamente do que ocorre com Hobbes, vemos ecoarem várias das atitudes características do pensamento político clássico, como a defesa da subordinação do governo às leis, e inclusive uma tímida, mas ainda assim relevante, preferência por um governo aristocrático constituído pelos mais sábios, em proveito dos cidadãos. Em muitos pontos, Rousseau é também mais moderado que Hobbes, como no seu alerta para a impossibilidade de uma constituição ao mesmo tempo humana e eterna⁴²⁴. Mas Rousseau, como Hobbes, já não verá a ordem da sociedade no confronto com uma ordem anterior ou superior donde provenham exigências materiais que demandem um contínuo e sempre instável esforço por conformidade. Nem uma ordem de fins/bens, nem um qualquer *summum bonum*, nem alguma compreensão da virtude como *telos*, realização ou aperfeiçoamento em algum específico sentido, e muito menos uma transcendente realidade das “coisas divinas” ou uma *recta ratio* porventura ao alcance do homem por participação – nada disso encontramos mais em Rousseau. Um homem inteiramente livre que tem, porém, de encontrar uma expediente solução para o problema da própria conservação, é a matéria-prima e o ponto de partida de toda especulação. Se houver doravante alguma ordem ou qualquer normatividade, terá

governo numa tal república legítima pode muito bem ser confiado pelo soberano a um pequeno grupo ou mesmo a um único homem, casos em que se constituirá na forma de uma aristocracia ou democracia, não sendo, aliás, nem sequer recomendável que o governo seja entregue a todos os cidadãos, o que era ainda para Rousseau da índole de uma democracia. Rousseau já antecipou, porém, aquela que é hoje a nossa mais alargada concepção da democracia, quando se pôs a resolver o problema da instituição do governo pelo soberano. Quando por um ato particular o soberano institui o governo, age, pela particularidade mesma do ato, como governante, e nisto se opera uma momentânea transfiguração da soberania em democracia, como se houvesse governo antes da instituição do governo. A solução reside na instituição pelo soberano de um governo democrático provisório que depois, conforme o que prescrever a lei acerca da forma de governo, ou se manterá na sua posse, se a democracia for a forma prescrita, ou instituirá um governo aristocrático ou monárquico, se a forma legalmente prescrita for uma destas e não a democrática. Teremos assim um governo que poderá não ser necessariamente democrático, mas será sempre democraticamente instituído, conforme prescreva a lei. O que, porém, Rousseau não admitirá, diversamente do que se passou a admitir, é a representação do povo soberano (Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., III, 1-4, 12-15 e 17).

⁴²² Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., III, 12.

⁴²³ Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, op. cit., p. 264.

⁴²⁴ Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., III, 5, 10 e 11.

de ser para satisfazer às materiais necessidades de um indivíduo orientado apenas a isso mesmo⁴²⁵, e só se a poderá constituir como meio para aquele fim mesmo e por autônoma expressão da liberdade ou vontade daquele próprio indivíduo. Rousseau quer preservar a liberdade mesmo após a autônoma constituição daquela ordem, com a sua derivada normatividade, e resolve o problema postulando a estrita sujeição do cidadão a uma lei, e apenas a uma lei, que não deve atender a nenhuma outra exigência senão o ser geral, no duplo sentido que explicitamos. A racionalidade desta lei está mesmo na sua generalidade⁴²⁶, e já não se trata agora de uma lei contra a qual possa surgir algum apelo. Constituindo por sua generalidade uma expressão da vontade geral, esta nova lei vai inteiramente remetida à liberdade e à autonomia de um indivíduo que não poder ser injusto consigo mesmo, e, como resultado disso tudo, o que encontramos é uma legalidade inerente ou imanente à sociedade propriamente constituída que na sua intrínseca racionalidade formal toma o lugar de uma lei natural transcendente repleta de

⁴²⁵ Vemos assim em Rousseau, como em geral em toda a filosofia política moderna, uma clara adesão à nova psicologia que já era a de Hobbes, ou seja, a de um homem orientado apenas pelo *amor sui* – o homem tipicamente “moderno”, intelectual e espiritualmente desorientado e assim motivado apenas por suas paixões, materiais necessidades e egoísticos interesses, e que não obstante é tomado por normal, definidor enfim da “natureza humana”, apesar do seu peculiar estado pneumopatológico, e tudo em direta oposição ao homem da psicologia da orientação, caracterizada por Voegelin como ciência da *psyche* saudável no sentido platônico, em que a ordem da alma resulta da abertura e orientação para a transcendência (*The new science...*, op. cit., esp. pp. 184-6). Convém a propósito notar que Voegelin acabará por sustentar que o gnosticismo, a que nos referimos anteriormente, não dá conta por completo do processo de imanentização que caracteriza a modernidade. Era preciso ainda explorar as *experiências* que resultam em construções imanentistas, das quais talvez a mais importante delas seja a retirada do *amor Dei* da estrutura agostiniana da alma por Hobbes e a redução de sua força ordenadora ao *amor sui*, como passou a ser predominante no séc. XVII. A essa atitude Voegelin se referiu chamando-a “revolta egofânica”: a atitude que faz da epifania do ego a experiência fundamental, eclipsando a epifania de Deus na estrutura da consciência clássica e cristã (Voegelin, *Reflexões autobiográficas*, tradução de Maria Inês de Carvalho, São Paulo, É Realizações, 2008, pp. 106/7).

⁴²⁶ Tomás de Aquino exige também que a lei seja geral, para a garantia da sua ordenação ao bem comum (ST, q. 96, art. 1), mas neste caso a generalidade não passa de uma relativa e decerto precária garantia formal tendente a maximizar as chances de conformar a lei a um bem comum cheio de conteúdo, e de um conteúdo que não vai materialmente constituído pela própria lei, mas antes intencionalmente contrastado com a prescrição legal para, a despeito da sua forma, apreciar a sua validade. A lei geral de Rousseau é, diversamente, a expressão de uma vontade geral que não pode errar porque é racional, e que é racional simplesmente por ser geral (Leo Strauss, “The three waves of modernity”, op. cit., pp. 90/1) – uma lei que tem na generalidade, portanto, o seu único e rigorosamente *formal* critério de validade: “não é o seu conteúdo, enquanto tal, que a define como não é qualquer exigência de conteúdo que lhe confere fundamento normativo e sim, para um e outro pontos, apenas a sua forma, o *modus* geral e abstrato da sua prescrição” (Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 548).

substância normativa materialmente relevante⁴²⁷. E o soberano que por uma lei nesses termos concebida se expresse será, só por isso, tudo o que deve ser.

Os três pilares da compreensão moderna da juridicidade estão aqui perfeitamente representados: toda normatividade é humanamente constituída por uma autoridade política cuja legitimidade depende da sua representatividade e que por respaldo de uma tal legitimidade não poderá jamais causar injustiça nenhuma. A ordem política, com as suas legitimadas decisões, está definitivamente liberta da sujeição a qualquer validade normativa material supraestatal ou mesmo paraestatal, e a autoridade já não pode ser conferida em vista das condições para uma conformação da ordem política àquela validade. Rousseau é apenas mais exigente do que Hobbes quanto às condições de legitimidade do poder político ou do seu exercício, mas aquela inteira substituição de critérios de validade material por critérios de legitimidade que não fazem senão apontar a quem todos devem obedecer é mantida e renovada em termos compatíveis com o credo democrático. Foi a construção de Rousseau que assim traduziu os pressupostos da filosofia política moderna em termos capazes de ajustá-los às tendências de uma época que era já diferente da de Hobbes, franqueando assim a sua assimilação pela posteridade e a sua nem sempre reconhecida preservação até os nossos dias. E o resultado de uma filosofia política assim concebida desde um homem privado da experiência da transcendência e para a realização na história de uma ordem que será já tudo o que deve ser, foi, como temos dito, e conforme agora veremos confirmado nos capítulos seguintes, o entranhamento na cultura político-jurídica ocidental de certas atitudes e, por que não dizer, de autênticos preconceitos que tornaram inarticulável e praticamente indefensável uma compreensão do autêntico sentido do direito e do que constitua uma ordem *de direito* em sentido próprio, obstando ademais e por consequência qualquer esforço tendente a garantir as necessárias condições para uma adequada articulação ou, menos ainda, a estabilização e preservação na história de uma ordem política permeada pela juridicidade.

⁴²⁷ Daí dizer Franz Wieacker que, com Hobbes e Rousseau, se opera finalmente uma inteira “dissolução do direito natural no direito positivo” (*História do direito privado moderno*, op. cit., p. 302). A este mesmo propósito, v., ainda, Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 543/4; Leo Strauss, “The three waves of modernity”, op. cit., pp. 90/1; idem, *Natural right and history*, op. cit., pp. 286.

A MODERNIDADE E O DIREITO

1. Introdução: o problema da radical incompatibilidade entre a nova filosofia política e a juridicidade pré-moderna

Até aqui negligenciamos o direito, pois o propósito dos capítulos anteriores foi o de mostrar como a transição do pensamento político clássico e medieval para o seu correlato moderno determinou que a ordem política não pudesse mais lograr ser pensada no contexto de uma normatividade material de índole não estatal, com as exigências que sempre antes uma tal normatividade dirigira ao poder político. Ao considerarmos a filosofia política clássica, e bem assim, depois, o pensamento político medieval, é certo que tivemos de referir à lei. Mas insistimos que apesar disso o direito permaneceu à margem do discurso. A lei grega e toda a normatividade de que é expressão vinham pensadas no contexto de um holismo indiferenciado em que o jurídico ainda não podia ser perspectivado nem sequer como expressão parcial de uma validade integradora, pois faltava a experiência de uma juridicidade não-legal, sem a qual uma tal perspectiva é impensável⁴²⁸. Numa investigação do pensamento político-filosófico grego e do lugar aí reservado para a lei nem sequer poderíamos, portanto, ter dado atenção ao que compreendemos por direito em sentido próprio. Já a lei medieval poderia diversamente ter sido considerada desde uma perspectiva em que o direito comparecesse com a sua específica e diferenciadora autonomia, pois o medieval contava com aquela possibilitadora experiência que faltava aos gregos. Poderíamos de fato ter optado por uma apreciação da legalidade medieval no confronto com um direito já autonomizado, vendo na *lex* e no *ius*, como era habitual, duas distintas, conquanto integradas, normatividades materiais. O nosso específico objetivo foi, porém, tão-só o de mostrar como o pensamento político medieval imaginava poder articular a *divina ratio* e a ordem política histórica, e é certo que a via privilegiada dessa

⁴²⁸ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 18.

articulação era, naquele contexto de ideias, e como pretendíamos mostrar, a *lex*. Mas há também uma razão estratégica para o tratamento da juridicidade ter sido reservada para mais tarde. É que o propósito da investigação até aqui conduzida era o de considerar o político na sua autonomia, e numa perspectiva até então histórica, para só depois confrontá-lo com o jurídico na sua autonomia. O que agora pretendemos, pois, demonstrar, é precisamente como o pensamento político moderno entrou em choque com um direito já autonomizado e autonomamente compreendido, tornando para nós urgente um esforço de articulação entre o político e o jurídico que nunca resultou satisfatório, pois sob a influência do pensamento político moderno, e na pressuposição da compreensão do direito determinada pela modernidade política, nenhuma articulação que preserve a juridicidade na sua autonomia, e com o seu autêntico sentido, é realmente possível.

Este capítulo ainda privilegiará a abordagem histórica, pois queremos primeiro demonstrar a incompatibilidade entre o pensamento político moderno e um direito que historicamente afirmou a sua autonomia, remetendo para o momento imediatamente posterior o problema de como esse direito pode ser hoje compreendido. Se assim aquela incompatibilidade fica mais clara, uma tal abordagem vai também justificada pela intenção de compreendermos a autonomia não de um *conceito* ou de uma qualquer *ideia* de direito, mas de um direito que é aquele que historicamente conhecemos e que é verdadeiramente, ainda, o nosso, e além disso uma irrenunciável dimensão constitutiva da cultura ocidental. Trata-se então de recuperar *para preservar* um direito que tem história, e isto por meio de uma sua renovada compreensão e de uma articulação, que é a que nos propomos a tentar, entre aquela juridicidade e as condições da sua preservação, de um lado, e as legítimas intenções especificamente políticas que vemos frequentemente opostas àquela juridicidade e às condições da sua concreta emergência e efetiva manutenção na história. Isto, porém, fica para mais tarde. Vejamos logo o que resultou da colisão entre a nova filosofia política, com aqueles seus fundamentais pressupostos que identificamos no capítulo anterior, e uma tradição jurídica incorporada na prática dos *common lawyers* e, no continente, dos “doutores”.

2. A tradição do *common law* e o desafio hobbesiano

O *common law* é um direito de origem forense e índole jurisprudencial. Os seus depositários sempre foram os *common lawyers*, e, muito particularmente, os juízes. O *rule of law* que vemos vinculado a esta tradição jurídica evoca, por sua vez, a prioridade normativa de um direito extraestatal e intencionalmente autônomo, e a independência de uma jurisdição vocacionada à custódia desse direito, inclusive no confronto com o poder político⁴²⁹.

Esse modo de ver as coisas é corrente no medievo, mas só no séc. XVII, quando uma tal compreensão do direito se viu desafiada pela tendência moderna a reconduzir toda a juridicidade à vontade de um soberano⁴³⁰, se fez necessária uma articulação teórica ou jusfilosófica capaz de opor obstáculos argumentativos à apropriação do direito pelo poder. É assim que surge a chamada *Historical Jurisprudence*, uma concepção do direito que muito deve às conhecidas – mas escassamente consideradas – formulações de Edward Coke acerca do *common law*, e que em sua autêntica especificidade não se concilia nem com o jusnaturalismo medieval – com a sua tendência a remeter o fundamento do direito a uma moralidade expressiva em última instância da *divina ratio* e ordenada na forma de um sistema estratificado de leis – nem ao nascente positivismo moderno – com a sua diversa, e de nominalista inspiração, redução do direito à *voluntas*, resultante afinal na subordinação de toda juridicidade ao poder político⁴³¹.

⁴²⁹ Giovanni Sartori, “Note sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XLI (1964), pp. 310-11; Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, op. cit., pp. 55-7 e 76 e ss.; Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 78-83.

⁴³⁰ Essa tendência, que vemos político-filosoficamente representada pela obra de Hobbes, não constituía, de fato, um mero desafio teórico. Basta recordar a formulação por James I, no encerramento do séc. XVI, de uma elaborada teoria da soberania concebida para justificar no contexto político de então a sua própria absoluta supremacia, e a recondução da juridicidade à sua vontade soberana (e isso apesar de uma tal concepção ainda aparecer temperada por relevantes concessões à tradição, a exemplo da teoria da soberania de Bodin, vez que o soberano representante de Deus deveria apesar de tudo governar por meio de leis justas). É também conhecido o protagonismo de Francis Bacon em defesa da prerrogativa real e da submissão dos juízes ao trono, com a delimitação da sua tarefa a uma interpretação que já não poderia ter nenhum vestígio de criatividade (Harold J. Berman, *Law and revolution, II: The impact of the Protestant reformations on the western legal tradition*, Cambridge/London, Belknap Press, 2003, pp. 234 e ss.; idem, “The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *Yale Law Journal* 103 (1993-1994), pp. 1667 e ss.; Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, op. cit., pp. 55-7).

⁴³¹ Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., pp. 1653-5.

Essa articulação tentada em caráter defensivo importa agora porque nasceu em larga medida do ataque dirigido por Hobbes aos *common lawyers*, representados por Coke, e porque em sua polêmica impositiva mostra a toda evidência como a nova filosofia política é incompatível com um direito que pretenda para si qualquer autonomia em face ao poder. Além disso, encontramos na defesa do *common law* pela *Historical Jurisprudence* todo um universo de valiosos *insights* para quem queira ainda hoje se ocupar do problema da autonomia do direito e do seu apropriado lugar numa ordem política.

2.1. Edward Coke e a autonomia do *common law*

Edward Coke é considerado um dos maiores, senão o maior jurista que a Inglaterra conheceu. Segundo Holdsworth, foi o mais eminente dos muitos “makers” do direito inglês⁴³². Como juiz, parlamentar e Attorney General, demonstrou uma impressionante constância na defesa da ideia medieval da supremacia do *common law*, naquele crítico momento histórico em que essa ideia foi mais fortemente desafiada⁴³³. Mas Coke não foi apenas um enérgico defensor do direito forjado pelos tribunais ingleses. Quase perdidos em seus volumosos *Reports* e nos livros das suas *Institutes*, encontramos umas poucas e telegráficas indicações daqueles que no seu modo de ver eram os traços constitutivos do *common law*. E mesmo que esses traços tenham porventura importado a Coke apenas para a sua caracterização daquele específico direito inglês cuja defesa ocupou a sua vida⁴³⁴, é certo que, neles, outros eminentes juristas ingleses, especialmente John Selden e Matthew Hale, identificaram os elementos que marcariam o desenvolvimento de uma mais geral compreensão da juridicidade e que podem ainda hoje auxiliar quem queira entender a especificidade do direito como tal⁴³⁵.

⁴³² William Holdsworth, *Some makers of English law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1938, p. 113.

⁴³³ William Holdsworth, “The influence of Coke on the development of English law”, *Essays in legal history*, Paul Vinogradoff (ed.), London, Oxford University Press, 1913, pp. 297 e ss.

⁴³⁴ Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., p. 1678; idem, *Law and revolution, II...*, op. cit., p. 241.

⁴³⁵ Nesse sentido, John Underwood Lewis, “Sir Edward Coke (1552-1633): his theory of ‘artificial reason’ as a context for modern basic legal theory”, *Law Quarterly Review* 84 (1968), p. 334.

2.2.a) O direito como *artificial reason*

Entre *ratio* e *voluntas*, a opção de Coke é pela primeira: “reason is the life of the law, nay the common law itselfe is nothing else but reason [...] This legall reason *est summa ratio*”⁴³⁶. O que porém distingue a compreensão de Coke de outras tantas que põem o acento na *ratio* é uma clara ênfase no caráter prático-prudencial, e assim experiencial, dessa razão incorporada no direito⁴³⁷. Segundo Coke, a razão por referência à qual o caráter do direito vai explicitado “is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man’s naturall reason; for, *Nemo nascitur artifex*”. Não temos informações que autorizem supor que Coke, ao expressar-se nesses termos, tinha em mente a caracterização aristotélica da *phronesis*. Parece-nos evidente, contudo, que a sua descrição da razão por referência à qual explica o direito remete àquela aristotélica racionalidade prático-prudencial em que importa o que é bom e mau para o homem – uma racionalidade que, sendo prática e orientada à solução de problemas conforme ao bem, requer, necessariamente, experiência⁴³⁸. Todos esses elementos da *phronesis* estão, com efeito, presentes na razão artificial de Coke. Trata-se, em primeiro lugar, e como acabamos de referir, de uma razão forjada pela experiência. Em segundo lugar, e rigorosamente, de uma *virtude* da razão, uma sua *perfeição*, ou, nas palavras de Coke, “an *artificiall perfection* of reason” (grifo nosso). De uma razão, em terceiro lugar, que diz respeito ao que é verdadeiramente bom e mau para o homem⁴³⁹, evidenciada, *v. g.*, pela caracterização do direito encontrada no prefácio à quarta parte dos *Reports* de Coke como algo que se pode considerar “proved and approved by continual Experience to be good and profitable for the

⁴³⁶ “And this is another strong argument in Law, *Nihil quod est contra rationem est licitum*; for reason is the life of the law, nay the common law itselfe is nothing else but reason; which is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man’s naturall reason; for, *Nemo nascitur artifex*. This legall reason *est summa ratio*” (Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, v. 1, l. 2, cap. 6, seq. 138 [97b]).

⁴³⁷ “The reason Coke appeals to is not a theoretical but a practical faculty. It is certainly not mere discretion, but neither is it logic devoid of experience. It is a trained way of thinking, not arbitrary but also not apodictic” (James R. Stoner Jr., *Common law and liberal theory: Coke, Hobbes, and the origins of american constitutionalism*, Lawrence, University Press of Kansas, 1992, p. 23).

⁴³⁸ Apesar dessa evidência, a única tentativa que conhecemos de relacionar a compreensão do direito de Coke à *phronesis* aristotélica é a de Stoner Jr., *Common law and liberal theory...*, op. cit., p. 18.

⁴³⁹ Stoner Jr., *Common law and liberal theory...*, op. cit., p. 19.

Commonwealth”⁴⁴⁰; ou, no relato do conhecido *Calvin’s Case*, como o resultado de uma sabedoria aprimorada pelos homens mais excelentes e por uma longa e contínua experiência que opera como uma espécie de “trial of right and truth”⁴⁴¹; ou, por fim, na expressão latina a que Coke recorre para designar o direito uma *summa ratio* que ordena aquelas coisas que são *utilia et necessaria* e proíbe o contrário⁴⁴².

Mas nessas formulações de Coke procuraremos em vão por uma figura porventura equivalente ao *spoudaios* aristotélico. Na filosofia prática aristotélica, o ponto de referência para a distinção do que é praticamente bom ou mau, certo ou errado, é o qualificadíssimo juízo de um homem de excepcional virtude, como nas questões especificamente referidas à justiça será o juízo de um juiz que por suas qualidades encarna o justo (o *dikaion empsychon* de que nos fala o Livro V da *Ética a Nicômaco*⁴⁴³, traduzido por Aquino como *iustum animatum*⁴⁴⁴). Coke não admite alguém assim. É que, diversamente de Aristóteles, Coke conhece uma ordem de validade que incorpora uma infinidade de aquisições acerca do justo e do injusto que foram se acumulando e aprimorando ao longo de séculos por mérito e empenho de um grande número de “grave and learned men”, mas que, justamente por concentrar aquelas aquisições, transcende os conhecimentos e a virtude de qualquer homem individualmente considerado: “if all the reason that is dispersed into so many severall

⁴⁴⁰ “For any fundamental Point of the antient common Laws and Customs of the Realm, it is a Maxim in Policy, and a Trial by Experience, that the Alteration of any of them is most dangerous; for that which hath been refined and perfected by all the wisest Men in former Succession of Ages, and proved and approved by continual Experience to be good and profitable for the Commonwealth, cannot without great Hazard and Danger be altered or changed” (Edward Coke, *The Fourth Part of the Reports of Sir Edward Coke*, London, E. & R. Nutt & R. Gosling, 1727, “To the Reader”).

⁴⁴¹ “*Hesterni enim sumus et ignoramus, et vita nostra sicut umbra super terram*: for we are but of yesterday, (and therefore had need of the wisdom of those that were before us) and had been ignorant (if we had not received light and knowledge from our forefathers) and our daies upon the earth are but as a shadow, in respect of the old ancient dayes and times past, wherein the Laws have been by the wisdom of the most excellent men, in many successions of ages, by long and continual experience (the trial of right and truth) fined and refined, which no one man (being of so short a time) albeit he had in his head the wisdom of all the men in the world, in any one age could ever have effected or attained unto. And therefore it is *optima regula, qua nulla est verior aut firmior in jure, Neminem oportet esse sapientiore legibus*: no man ought to take upon him to be wiser than the laws” (Edward Coke, “Calvin’s Case, or the Case of the Postnati”, *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*, v. 1, Steve Sheppard (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2003)

⁴⁴² Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, v. 2, l. 3, cap. 10, seq. 578 (319b).

⁴⁴³ Aristóteles, *EN*, V, 4, 1132a22.

⁴⁴⁴ Tomás de Aquino, *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, livro V, lição 6 (consultamos o original disponível em www.corpusthomicum.org, e a tradução de Ana Mallea: Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, 2ª ed., Navarra, EUNSA, 2001).

heads were united into one, yet could he not make such a law as the law in *England* is; because by many successions of ages it hath beene fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this realme, as the old rule may be justly verified of it, *Neminem oportet esse sapientiolem legibus*: no man, out of his own private reason, ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason”⁴⁴⁵. O próprio direito é aqui, portanto, o ponto de referência para a distinção do justo e do injusto, porque resulta de um contínuo, lento, cooperativo e qualificado processo deliberativo de densificação forense das particulares e sempre circunstancialmente variáveis exigências da justiça⁴⁴⁶. Este direito é certamente forjado pelo empenho judicativo de uma razão prudencial que é aquela que qualifica os seus *experts*⁴⁴⁷. Mas como se trata de uma permanente construção que em seu lento e ininterrupto desenvolvimento preserva as aquisições acumuladas, o que afinal encontramos é um composto riquíssimo e extremamente complexo de soluções que contém mais saber do que aquele de que seria capaz o melhor dos homens. O direito é então um repositório de saber prático que ninguém pode superar. Tudo considerado, é como se o direito tomasse o lugar do *spoudaios* aristotélico⁴⁴⁸, com a diferença de que o direito é uma realidade histórica.

Um ponto, contudo, a considerar, é o do específico lugar da história na compreensão por Coke do *common law*. O direito é afinal apenas uma história ou o resultado provisório de uma problemática e permanente densificação histórica das circunstanciais exigências da razão prática? Nunca é demais salientar a historicidade da concepção de Coke acerca do *common law*, pois, conforme

⁴⁴⁵ Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, v. 1, l. 2, op. cit., cap. 6, seq. 138 [97b].

⁴⁴⁶ Nesse sentido, v. Gerald J. Postema, “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”, *Oxford University Commonwealth Law Journal* 2 (2003), pp. 166/7; idem, “Some roots of our notion of precedent”, *Precedent in law*, Laurence Goldstein (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 17; D. E. C. Yale, “Hobbes and Hale on law, legislation and the sovereign”, *Cambridge Law Journal* 31 (1972), p. 126.

⁴⁴⁷ Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., pp. 1691/2; idem, *Law and revolution, II...*, op. cit., p. 243.

⁴⁴⁸ Embora sem nenhuma referência ao *homme-mesure* da filosofia prática aristotélica, Charles M. Gray explica a visão de Coke em termos que autorizam esse paralelo: “The common law is like an infinitely experienced man, who has been everywhere, seen everything, heard it all before” (“Reason, authority, and imagination: the jurisprudence of Sir Edward Coke”, *Culture and politics from Puritanism to Enlightenment*, Perez Zagorin (ed.), Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1980, p. 29).

demonstrou Harold Berman, o princípio da *Historical School of Jurisprudence* é atribuível a ele: o direito de uma nação deve ser compreendido sobretudo como o produto da sua história⁴⁴⁹. O direito não será, portanto, nem um pressuposto e eterno sistema de regras, nem o produto contingente de uma ocasional *voluntas* legislativa. Mas isto por si só ainda não define o que verdadeiramente importa. Há que considerar se o direito é aquilo que da história resulta simplesmente por ter dela resultado ou se diversamente é aquilo que historicamente resulta de um esforço frutífero, embora provisório e permanente, de ir praticamente especificando o que é circunstancialmente justo, bom ou equitativo.

Parece-nos que a opção de Coke é pela segunda alternativa. Se é certamente um exagero afirmar, como o faz Alan Cromartie, que o *common law* é aí compreendido como a realização do direito natural nas circunstâncias inglesas⁴⁵⁰, temos também de nos precaver contra qualquer tendência a ver na concepção de Coke um radical historicismo. É mais aderente ao seu pensamento a interpretação que vê nos seus escritos a afirmação da ideia de que a longevidade atesta a excelência do *common law* e a razoabilidade das suas soluções, encontrando-se de tal forma enriquecido esse normativo repositório de saber prático que os critérios que encontramos aí consagrados devem ser geralmente apropriados e judicativamente empregados não só como eventuais pontos de partida mas como os decisivos critérios para a solução dos problemas atuais. A força normativa de um tal direito historicamente forjado deriva não da sua antiguidade nem menos ainda da sua historicidade pura e simples, mas antes da sua normativa excelência, atestada, contudo, pela sua antiguidade. Conforme notou John Underwood Lewis, as prescrições do *common law* devem ser obedecidas, segundo pensa Coke, “primarily because what it directs [...] is reasonable and in that sense just”⁴⁵¹. Se Coke vai raramente admitir um desvio relativamente às soluções consagradas, é porque estas gozam, por sua antiguidade, de uma fortíssima presunção de razoabilidade e justeza – tratam-se, afinal, de soluções “refined and perfected by all the wisest Men in former Succession of Ages, and proved and approved by continual Experience to be good

⁴⁴⁹ Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., p. 1693; idem, *Law and revolution, II...*, op. cit., p. 244.

⁴⁵⁰ Alan Cromartie, “General introduction”, *Thomas Hobbes – Writings on Common Law and Hereditary Right*, Alan Cromartie & Quentin Skinner (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2005, p.

⁴⁵¹ John Underwood Lewis, “Sir Edward Coke...”, op. cit., p. 333.

and profitable”⁴⁵². Por outro lado, na concepção clássica do *common law* só serão definitivamente incorporados ao sistema, desfrutando de relevante autoridade, aqueles critérios e soluções que venham a ser considerados, pela prática subsequente, “reasonable projections from laws and arrangements of the past to problems and situations of the present”⁴⁵³. A prática jurídica é, portanto, uma prática aberta para o problema do que é bom e vantajoso, apropriado e necessário, razoável e, neste sentido, justo, e não uma reiteração acrítica do que é velho por ser velho. Se é assim, podemos dizer que o direito tal como Coke o compreendia era uma ordem de validade histórica e historicamente forjada mas aberta a, e segundo ele densamente permeada por, uma material ordem de validade transcendente. Vemos isto confirmado quando Coke emprega, para a solução de problemas em conformidade com o *common law*, categorias como “common right and reason”, “divine justice” e mesmo “natural law”⁴⁵⁴, com a ressalva porém de que nada disso remete a um sistema pressuposto de leis, aparecendo antes no discurso como símbolos de uma validade transcendente que não se encontra axiomática ou normativamente traduzida na forma de um sistema hierarquizado de prescrições legais⁴⁵⁵. Coke chega mesmo a dizer, para o fim de sustentar a sua solução para o caso Calvin, que “the Law of Nature is part of the Law of England”⁴⁵⁶, mas com isso não quer sugerir nem que o direito inglês *derive* a modo de dedução ou determinação de uma pressuposta *lex naturalis*, nem que o direito inglês é tudo que há de ser só por já historicamente ser. As várias referências de Coke não parecem ir além de significar que naturais exigências de justiça encontram-se materialmente incorporadas ao *common law*, e em última instância é este o sentido da sua caracterização do direito como *summa ratio* ou *ratio perfecta*.

⁴⁵² São nesse sentido as conclusões de John Underwood Lewis, como se vê por exemplo no seguinte excerto do seu ensaio dedicado à teoria da razão artificial: “For Coke [...] law is a work of reason in this sense, that it is the nature of the law to be reasonable; and the test of its reasonableness, he thinks, is its ability to withstand the test of time” (“Sir Edward Coke...”, op. cit., p. 339).

⁴⁵³ Postema, “Some roots of our notion of precedent”, op. cit., p. 18.

⁴⁵⁴ Cf. Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., p. 1692; idem, *Law and revolution*, II..., op. cit., pp. 243/4.

⁴⁵⁵ “[W]hen Coke defines law in terms of reason he seems to be referring to its reasonableness rather than, as Aquinas did, to its being essentially a rule or principle of human action” (John Underwood Lewis, “Sir Edward Coke...”, op. cit., p. 334).

⁴⁵⁶ Edward Coke, “Calvin’s Case...”, op. cit.

O direito é, enfim, nessa particular compreensão, um repositório de saber prático forjado na história e sempre por referência às aquisições que nessa história vão continuamente se estabilizando na tentativa prático-prudencialmente empenhada de identificar o que é razoável e neste sentido justo, e não simplesmente um saber histórico ou apenas uma história, embora a experiência e o saber já acumulados sejam de fato o mais seguro guia na busca das soluções para os problemas práticos atuais, que são sempre aqueles de que se ocupa um saber autenticamente prático. Trata-se então de uma concepção histórica mas não historicista do direito, e de um direito que embora não derive, no sentido lógico, de uma *lex* pressuposta, e vá diversamente sendo formado no contexto de uma prática judicativa oficial, preserva a sua autonomia relativamente ao poder político, como demonstra a sua caracterização por referência a uma *ratio* que supera a de quem quer que seja e que não é a mera expressão instrumental de intenções extrajurídicas⁴⁵⁷, como é a subserviente razão de Hobbes.

2.1.b) A normativa supremacia do *common law* e a autoridade do juiz

Segundo Holdsworth, o *common law* era firmemente baseado na ideia medieval de que o direito tinha a supremacia⁴⁵⁸, e, se esta ideia foi porventura preservada, o mérito é de Coke⁴⁵⁹. Aquela ideia não era, porém, apenas sua, e no contexto inglês assumiu uma peculiar configuração. No debate político do séc. XVII, uma difundida crença na antiguidade do *common law* – a sua referência, como era habitual dizer, a costumes imemoriais – encorajou a crença na existência de uma *ancient constitution*, de um autenticamente inglês *fundamental law* imune à prerrogativa real e cuja substância era dada pelos precedentes, princípios e máximas daquele mesmo *common law* forjado pela *praxis* judiciária ao longo dos

⁴⁵⁷ Andrés Ollero destacou isso ao identificar a tarefa dos juristas correspondente à concepção do direito de Coke: “El poder judicial y los juriconsultos se erigían así en defensores de la autonomía de lo jurídico frente a los intentos instrumentalizadores del gobernante” (“Hobbes y la interpretación del derecho”, *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica*, v. II, AAVV., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 99).

⁴⁵⁸ Holdsworth, “The influence of Coke on the development of English law”, op. cit., pp. 297/8.

⁴⁵⁹ “Coke preserved the medieval idea of the supremacy of the law, at a time when political speculation was tending to assert the necessity of the supremacy of a sovereign person or body, which was above the law” (Holdsworth, *Some makers of English law*, op. cit., p. 126).

séculos⁴⁶⁰. O *common law* regulava, de fato, as relações entre governantes e governados, e isto a ponto de um estudioso do tema poder afirmar, traduzindo a compreensão da época, que aquele direito “*constituted the English polity*”⁴⁶¹. E aqui reencontraremos aquele nexos entre o direito e a razão: o *common law* constituía a *polity* inglesa por sua intrínseca racionalidade, e não apenas por incorporar costumes imemoriais. Segundo Glenn Burgess, todos os “early Stuart common lawyers” tinham uma compreensão do direito que começava pela sua identificação com a razão. O costume era uma componente funcional dessa concepção⁴⁶². O tempo, segundo se pensava, era um *trier of truth*, e o direito inglês uma razão historicamente testada (*tried reason*) quanto à sua razoabilidade e concreta adequação prática⁴⁶³. Mesmo um parlamento porventura capaz de absorver e aproveitar todo o estoque de sabedoria da nação ver-se-ia impossibilitado de constituir desde o princípio um direito superior em racionalidade. Só uma razão artificial, forjada e testada pelo tempo, num acúmulo de razoamento e sabedoria formado pelas contribuições de muitas gerações de “grave and learned men” – em suma, “*reason plus time*” – poderia resultar em algo assim tão perfeito⁴⁶⁴. Tudo a autorizar a conclusão de que a compreensão que se tinha era a de que a *polity* inglesa era governada pela razão, mas uma razão incorporada à ordem da sociedade não por meio de leis concebidas ou descobertas pelos filósofos ou recebidas por revelação e promulgadas pelo príncipe, e sim, diversamente, por um direito judiciário que ao longos dos séculos vinha se aperfeiçoando como que num processo de contínuo armazenamento e sedimentação das aquisições normativas precipitadas por uma *praxis* judicativa cooperativa orientada à solução prudencial de problemas jurídicos concretos.

⁴⁶⁰ J. G. A Pocock, *The ancient constitution and the feudal law – A study of English historical thought in the seventeenth century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 46.

⁴⁶¹ Glenn Burgess, *The politics of the Ancient Constitution – An introduction to English political thought, 1603-1642*, London, MacMillan, 1992, p. 04.

⁴⁶² Burgess, *The politics of the Ancient Constitution...*, op. cit., p. 46.

⁴⁶³ As expressões inglesas são de Thomas Hedley e vão citadas conforme Burgess, *The politics of the Ancient Constitution...*, op. cit., p. 47.

⁴⁶⁴ “Artificial reason was distinguished from natural reason by the fact that it was an accumulation of the reasoning and wisdom of many generations, for this reason even a Parliament, drawing on the wisdom of the entire nation in the present, could not build from scratch a law as wise as the common law. Only artificial reason, reason plus time, could do that” (Burgess, *The politics of the Ancient Constitution...*, op. cit., pp. 47/8).

Evidentemente, a concepção da supremacia de um tal direito, baseada na sua incorporada racionalidade, só poderia vir acompanhada de importantes implicações políticas, dentre as quais queremos agora salientar o que deve ser um seu natural corolário, que é o difuso reconhecimento da autoridade dos juízes. Quando o direito vai compreendido como uma validade material expressiva de uma *ratio*, como é aqui o caso, a *decisão* assume um papel secundário, como passa também a segundo plano a questão da *origem* desse direito. O problema prioritário passa a ser o da justiça, da adequação prático-normativa, e não o da competência decisória. E aquele que é o problema prioritário pode permanecer sempre relativamente aberto, em primeiro lugar porque a resposta não terá de necessariamente resultar da – porque *não é constituída pela* – decisão de alguma instância ou autoridade, e em segundo lugar porque um direito permeado pela razão prática mantém sob permanente escrutínio as suas contingentes estabilizações, e se revela portanto um normativo *constituendo*⁴⁶⁵ – um repositório normativo que vai sendo “afinado e refinado” ao longo do tempo em razão das contingentes exigências prático-normativas que vão surgindo, assim como das aquisições prático-prudenciais que a experiência vai sedimentando⁴⁶⁶. Sob tais pressupostos, a autoridade para decidir será determinada pela relativa sensibilidade de uma classe de pessoas ou instituições às particulares exigências daquela validade – se quisermos nos expressar tal como na escolástica, será a relativa participação na *ratio* incorporada por aquela validade que conferirá autoridade para decidir acerca das suas normativas exigências. E é daí que decorre a autoridade do juiz sob uma compreensão do direito como essa que estamos a examinar: a sua autoridade é a *auctoritas* de um oráculo, não a *potestas* de um criador primevo. Trata-se de uma autoridade relativa ao que se sabe e ao que se é capaz de saber. Mas de uma autoridade que por isso mesmo é imensa, e que no caso dos juízes do *common law* se baseia na riqueza e excelência do estoque de conhecimentos que a sua prática incorpora e cuidadosamente enriquece. Se o que fala por meio do juiz é uma

⁴⁶⁵ Servimo-nos aqui do expressivo e elegante modo empregado reiteradamente por Castanheira Neves para caracterizar um direito que não é nem um dado pressuposto da realidade nem um vazio normativo a reclamar superação por uma pura e simples decisão constitutiva da validade (v., p. ex., Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 131/2; idem, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 38).

⁴⁶⁶ “For Coke, the incompleteness of law implies neither a fundamentally shifting basis nor a host of rules ever at the mercy of the cleverest suitor. Law is incomplete because new cases arise, new mischiefs develop, and new reasons are discovered” (Stoner Jr., *Common law and liberal theory...*, op. cit., p. 26).

sabedoria prática que supera a de qualquer indivíduo, por maior que seja a sua excelência, a autoridade daquele juiz será correspondentemente grande, e mesmo o rei terá de se vergar a ela: “what speaks through the judge is the distilled knowledge of many generations of men, each decision based on the experience of those before and tested by the experience of those after, and it is wiser than any individual – even James I – can possibly be”⁴⁶⁷.

A supremacia do *common law* conferia portanto aos seus *justices* uma singular autoridade. É conhecido o episódio em que o rei alegou perante Coke que os juízes ingleses não eram senão seus delegados e pretendeu arrogar para si a competência para o julgamento das causas que bem entendesse, defendendo ademais que poderia decidi-las como quisesse. Ouviu em resposta que o rei não poderia pessoalmente julgar causa nenhuma, apenas os tribunais de justiça, e de acordo com o direito e o costume da Inglaterra. O monarca replicou que se o direito era fundado na razão, tanto ele quanto outros eram providos de uma tal razão e não apenas os juízes. Coke de sua parte retorquiu com a sua compreensão do direito como razão artificial: “but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it”. Sua majestade o rei da Inglaterra mostrou-se profundamente ofendido e afirmou considerar traição a afirmação de que deveria permanecer “under the Law”. Coke encerrou o diálogo com Bracton: “*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*”⁴⁶⁸. O que releva notar é que nem Coke nem mesmo o rei divergiam a respeito de se o monarca devia se submeter à autoridade dos juízes. A questão é se o Rei da Inglaterra estava sujeito ao *common law*, na suposição nem sequer disputada de que neste caso a competência para decidir seria dos juízes. Mas Coke sabia e o rei parece ter intuído que esta suposição pressupunha uma justificação para a autoridade judicial, e a de Coke já sabemos qual era: o direito não incorporava nem era o produto de uma racionalidade qualquer, sendo antes a expressão de uma

⁴⁶⁷ Pocock, *The ancient constitution and the feudal law* ..., op. cit., p. 35.

⁴⁶⁸ O relato do evento pode ser encontrado na décima-segunda parte dos *Reports* de Coke, sob o título *Prohibitions del Roy* (citamos em conformidade com a edição reunida em *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*, v. 1, Steve Sheppard [ed.], Indianapolis, Liberty Fund, 2003).

artificial reason na qual apenas os juízes eram versados. A autoridade dos juízes dependia, com efeito, da sua *learned* ou *trained reason*, pois sob o pressuposto de que o direito é uma ordem material de validade cuja mobilização requer o desenvolvimento de uma específica racionalidade prática, o que mais conta é “não onde se senta, mas o que se sabe”⁴⁶⁹.

Ao presidir como Chief Justice do Common Pleas o julgamento do chamado Dr. Bohnham’s Case, Coke reiterou a sua forte convicção na supremacia do *common law*, desta vez no confronto com o Parlamento, ao sustentar que “in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void”⁴⁷⁰. Por fim, convém lembrar que o *common law*, conforme sustentou Coke por ocasião do julgamento de um caso de 1612 (*Rowles v. Mason*), poderia desautorizar inclusive o costume com base na sua repugnância ou *unreasonableness*: o common law, declarou Coke, “corrects, allows, and disallows both Statute Law and Custom, for if there be repugnancy in a statute, or unreasonableness in Custom, the Common Law disallows and rejects it”⁴⁷¹. A supremacia do *common law* conferia então aos juízes uma autoridade que contrastava com a autoridade do rei e do parlamento e até mesmo dos costumes, mas nunca é demais lembrar que os juízes decidiam não em razão de uma qualquer *potestas*, mas de uma muito específica *veritas* que permeava a sua *praxis* e que só por isso lhes conferia a respectiva *auctoritas*. Segundo Maitland, os *common law judges* – e Coke certamente entre eles – não pretendiam para si nenhum tipo de poder legislativo, e nem sequer concebiam a própria autoridade como se se tratasse

⁴⁶⁹ “The priority of law itself over the particular bodies that enforce it appears a fixed principle in Coke’s understanding. It is implied in his defining jurisdiction by law, rather than defining law by its source. It is consistent with his stress on the importance of learning in law: Not where one sits, but what one knows ultimately counts most” (Stoner Jr., *Common law and liberal theory...*, op. cit., p. 62).

⁴⁷⁰ “Dr. Bonham’s Case”, *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*, v. 1, Steve Sheppard [ed.], Indianapolis, Liberty Fund, 2003. Na perspectiva do sentido jurídico-filosófico e porventura metodológico do fundamento invocado por Coke, v. Samuel E. Thorne, “Dr. Bonham’s Case”, *Law Quarterly Review* 54 (1938), *passim*; na perspectiva da prática judicial anterior, contemporânea e posterior, até à recepção da posição de Coke nos Estados Unidos da América, v. Theodore F. T. Plucknett, “Dr. Bonham’s Case and judicial review”, *Harvard Law Review* 40 (1926-1927), *passim*; na perspectiva da importância do caso para a afirmação histórica da americana *judicial review*, v. Edward S. Corwin, “The ‘Higher Law’ background of American constitutional law”, *Harvard Law Review* 42 (1928-1929), pp. 366 e ss.

⁴⁷¹ Citamos conforme John Underwood Lewis, “Sir Edward Coke...”, op. cit., p. 334.

de uma autoridade legislativa, pois se consideravam comprometidos com a declaração de um direito dotado de uma certa existência própria, independente da vontade de quem quer que fosse⁴⁷². De forma que tudo ia equacionado em termos que faziam a discussão versar não sobre a autoridade dos juízes, mas do próprio *common law*. Para negar aos juízes a sua autoridade, era necessário recusar ou a supremacia e a autonomia do direito em nome do qual eles se pronunciavam ou o fundamento da sua autoridade, ou seja, a especialidade e a superioridade do seu saber. Hobbes empenhou-se com singular dedicação a essas duas tarefas, a ponto de conceber uma nova filosofia política imune a qualquer pretensão baseada numa qualquer *legal reason* de caráter prático-prudencial.

2.2. Hobbes versus Coke, Hale versus Hobbes

A compreensão da juridicidade e o próprio direito de uma comunidade política são dimensões daquilo que por sugestão temos vindo a chamar “verdade da sociedade”. E se é assim, o *common law* constituía certamente uma das porventura múltiplas expressões da verdade da sociedade inglesa. Ocorre que por meio da *praxis* judiciária a sociedade inglesa dialogava com aquela “verdade da alma” a que também por sugestão temos nos referido para designar a aquisição de um homem que se abre para uma ordem de validade que lhe transcende e que doravante servir-lhe-á de fundamento e critério crítico para ajuizar acerca da ordem da própria alma e da ordem da sua sociedade. Na busca prático-judicativa de soluções jurídicas incorporadas e por incorporar num direito perspectivado como a expressão autônoma de uma específica *ratio* – aquela *legal reason* de que nos fala Coke –, vão continuamente se impondo exigências que manifestam a existência de uma ordem de validade que não é ainda simplesmente o *common law*, mas que um tal direito vai lentamente incorporando, de forma mais ou menos imperfeita, e não sem resvalos ou retrocessos. O *common law*, em qualquer dos seus estágios de desenvolvimento, será sempre uma dimensão normativa da ordem da sociedade inglesa e, como dissemos, uma expressão histórica da verdade dos ingleses. Enquanto dimensão da ordem e da verdade de uma específica sociedade histórica, terá de encontrar-se sempre em tensão com aquela ordem transcendente de validade a que refere e com

⁴⁷² F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955, p. 301.

a qual dialoga, e nunca será uma pura e simples ou inteiramente satisfatória incorporação daquela ordem. Mesmo assim, a prática jurídica constituirá um ambiente em que a verdade da alma e as exigências daquela ordem continuamente aparecerão, evidenciando aquela tensão e porventura permeando a ordem da sociedade e a sua verdade com as aquisições viabilizadas pela abertura que aquela prática proporciona. É evidente que a tensão entre a ordem de validade transcendente para a qual a *praxis* jurídica se abre, de um lado, e a ordem jurídica da sociedade inglesa – o *common law* em cada um dos seus estágios –, de outro, agitará continuamente aquela própria *praxis*. Mas agitará também continuamente a própria ordem política, pois as aquisições que naquela abertura vão se estabilizando entrarão eventualmente em colisão com outras expressões normativas da ordem política inglesa, como *v. g.* os atos do parlamento e as manifestações normativamente relevantes da prerrogativa real. Isto será evidentemente potenciado se os *common lawyers* tiverem a pretensão de exprimirem por seus julgados as exigências de uma ordem de validade superior e normativamente cogente no confronto com os atos das várias instâncias políticas.

Nisso tudo, o que Hobbes percebe é somente divergência. Os juízes divergem entre si e eventualmente divergem do parlamento e do rei. Mas o que é verdadeiramente perigoso aos olhos de Hobbes é que nas suas divergências os juízes se manifestam sempre em nome de uma singular *veritas*, de uma específica *ratio*, e de uma *veritas* ou *ratio* à qual eles supostamente teriam um acesso relativamente privilegiado, e que poderiam ostentar, com a *auctoritas* de quem fala em nome da verdade ou por participação numa razão superior, no confronto com as demais instâncias políticas e com as expressões normativas da sua *potestas*. Ora, vimos que o projeto político da modernidade, exemplarmente representado pelo *Leviathan*, fora o de suprimir a existência ou pelo menos o de eliminar a relevância política de qualquer ordem superior de validade material, rejeitando assim toda autoridade a quem quer que tivesse a pretensão de exercer alguma em nome de uma tal ordem, da sua verdade ou de alguma *ratio* nela porventura incorporada. E era esse o caso dos *common lawyers*, maximamente representados por Coke. Isso para Hobbes se chamava soberba, e sabemos como ele temia as atitudes pretensiosas dos “filhos da soberba”. Hobbes não podia, portanto, negligenciar esse perigo representado pelos tribunais ingleses e pelas “doutrinas sediciosas” de alguns

juristas que pretendiam para a classe um certo *status* público como expositores do *common law*⁴⁷³, e tanto é assim que, até onde se sabe, é da sua autoria um famoso diálogo cujo alvo principal é a *artificial reason* de Coke⁴⁷⁴.

Nesse diálogo, entretido entre um Filósofo que mais frequentemente fala por Hobbes e um Jurista que invoca a compreensão do direito de Coke, vemos logo apontada a frequência com que os juristas erram, em comparação, *v. g.*, com os matemáticos, e questionado o nexos entre o direito e a razão, pois em razão desse vínculo qualquer um poderia frustrar qualquer lei, sob o pretexto de ser contra a razão. O Filósofo pede então ao Jurista que esclareça as várias passagens em que Coke afirma que a razão é a alma do direito, que não é lícito nada que é contra a razão, que a razão é a vida do direito, que o *common law* não é senão a razão, e assim por diante. O Jurista atende à solicitação esclarecendo que se trata de uma razão artificial, caracterizada no texto mediante a transcrição do famoso excerto da seção 138 da primeira parte das *Institutes*. O Filósofo considera a caracterização do direito por menção à *artificial reason* em parte obscura e em parte falsa. A obscuridade estaria na própria noção de uma razão artificial especificamente jurídica, pois Hobbes e o Filósofo por quem fala não conhecem senão a razão natural que permite o conhecimento do direito tanto quanto o de todas as outras ciências, e não admitem a equiparação do direito a uma qualquer sabedoria, de quem quer que seja, e por mais que fosse de muitos e muito perfeita. Afinal, “It is not Wisdom, but Authority that makes a Law”. A falsidade diria respeito à autoridade dos juízes e à pretensão da sua razão, “because none can make a Law but he that hath the Legislative Power”, e todas as *laws* da Inglaterra foram feitas, segundo o Filósofo, pelos seus reis, com a participação do Parlamento⁴⁷⁵.

Ainda a propósito da razão, nota-se claramente que aqui já não se admite que a racionalidade do jurista seja de tipo prático, e nem portanto se cogita de a sua ser uma perfeição ou virtude da razão prática. A razão de que os juristas precisam é

⁴⁷³ Alan Cromartie, “General introduction”, *op. cit.*, p. XXXII.

⁴⁷⁴ Thomas Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England* (consultamos e doravante citamos a recente edição devida a Alan Cromartie, em *Writings on common law and hereditary right*, Alan Cromartie & Quentin Skinner [ed.], New York, Oxford University Press, 2005).

⁴⁷⁵ Hobbes, *A dialogue...*, *op. cit.*, pp. 08/9.

apenas a capacidade necessária ao conhecimento de um direito pressuposto – uma razão de índole teórica, portanto –, e uma razão que todos têm em comum. Isto é deixado claro por Hobbes quando pelo Filósofo garante que em um ou dois meses poderia estar pronto para assumir uma judicatura, pois a razão que o *common law* requer é a razão de qualquer homem, e o estudo das leis (*statute law*) não leva mais que dois meses, uma vez que estão impressas, e as matérias dispostas em índices remissivos⁴⁷⁶.

No segundo andamento do diálogo, o tema é a soberania. Aqui vai novamente considerada a seção 138 da primeira parte das *Institutes*, para o propósito de consagrar pela boca do Filósofo o princípio hobbesiano de que é não uma qualquer razão privada mas a razão publicamente declarada do rei (*Kings Reason*) que é *anima legis* – a alma do direito a que se refere Coke – e *summa ratio*, “and not the Reason, Learning, or Wisdom of the Judges”⁴⁷⁷. O problema é sempre a divergência e os distúrbios que causa. No *Leviathan*, a teoria da razão artificial já havia sido considerada – embora numa equivocada perspectiva, porque em Hobbes a *artificial reason* de Coke vai descaracterizada por uma indevida subjetivização, como se se tratasse da consciência do juiz e não de uma racionalidade incorporada ao próprio direito ou expressiva dele mesmo –, e a principal objeção de Hobbes é centrada nas discordâncias entre os juristas, e na consequência que daí o filósofo retira de uma compreensão como a de Coke: o direito viria deformado por tantas contradições quantas são as discordâncias entre as razões privadas dos juristas⁴⁷⁸. Hobbes não quer que os homens possam opor-se razões, ou quer contrastá-las com a decisão de uma autoridade, com o fito de assim eliminar a divergência, e para isso transforma a razão legislativa do soberano numa espécie de sucedâneo da *recta ratio*: “Would you have every Man to every other Man alledge for Law his own particular reason? There is not amongst Men an Universal Reason agreed upon in any Nation, besides the Reason of him that hath the Sovereign Power; yet though his Reason be but the Reason of one Man, yet it is set up to supply the place of that Universal Reason, which is expounded to us by our Saviour in the Gospel, and consequently our King is to us the Legislator both of Statute-Law, and of Common-

⁴⁷⁶ Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., p. 11.

⁴⁷⁷ Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., p. 19.

⁴⁷⁸ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI.

Law”⁴⁷⁹. Tal como vai dito por Hobbes nos seus *Elements of Law*, “those laws that go under the title of *responsa prudentum*, that is to say, the opinions of lawyers, are not therefore laws, because *responsa prudentum*, but because they are admitted by the sovereign”⁴⁸⁰. Afinal, e na inovadora suposição de que o direito é *feito*, a solução de Hobbes constitui um verdadeiro divisor de águas entre a modernidade e a tradição: “it is not that *juris prudentia*, or wisdom of subordinate judges; but the reason of this our artificial man the commonwealth, and his command, that maketh law”⁴⁸¹. Os juízes ver-se-ão assim doravante subordinados ao poder soberano mediante uma estrita subordinação ao direito criado pela instância político-legislativa⁴⁸².

Com esse geral ataque à autoridade dos juristas e à específica racionalidade da qual aquela autoridade deriva, Hobbes completa o combate filosófico contra quem quer que tenha alguma pretensão pública baseada na razão⁴⁸³. Mas ainda há que apontar um legado de Hobbes que se fará sentir igualmente até hoje, e muito relevantemente. Com efeito, de enorme significado para a compreensão moderna da juridicidade é a redução que o diálogo reforça e que já encontrávamos no *Leviathan*: a *lex* passa a significar o direito – qualquer que seja o modo da sua manifestação – e se reduz ao comando publicamente declarado do soberano acerca do que se pode ou não fazer, sem ulterior qualificação relativa ao conteúdo ou à intencionalidade material⁴⁸⁴, pelo que a justiça ou injustiça não derivam senão da lei e esta do legislador⁴⁸⁵. O *ius* vai por sua vez privado de todo o seu original significado e passa

⁴⁷⁹ Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., p. 26.

⁴⁸⁰ Thomas Hobbes, *The elements of law natural and politic*, op. cit., II Parte, cap. 10, § 10^o

⁴⁸¹ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI.

⁴⁸² A propósito dos consecutivos desta subordinação no que diz respeito à interpretação jurídica, v. Andrés Ollero Tassara, “Hobbes y la interpretación del derecho”, op. cit., *passim*.

⁴⁸³ Joseph Cropsey sintetizou muito adequadamente a intenção do diálogo: “The private priests of (legal) reason must be checked as the private priests of revelation needed to be checked” (“Introduction”, em Thomas Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, Joseph Cropsey [ed.], Chicago/London, University of Chicago Press, 1997, p. 26).

⁴⁸⁴ “A Law is the Command of him, or them that have Sovereign Power, given to those that be his or their Subjects, declaring Publickly, and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do” (Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., p. 31).

⁴⁸⁵ “A Just Action is that which is not against the Law [...] Seeing then that a Just Action... is that which is not against the Law; it is Manifest that before there was a Law, there could be no Injustice, and therefore Laws are in their Nature Antecedent to Justice and Injustice, and you cannot deny but there must be Law-makers, before there were any Laws, and Consequently before there was any Justice...” (Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., p. 34).

a designar apenas a liberdade que a lei deixa ao súdito⁴⁸⁶. A redução do *ius* à *lex* está assim completa, e ainda se consuma a apropriação do termo que antes designava uma ordem de validade normativa para significar agora apenas a liberdade deixada pela lei ao súdito – “direito” então apenas no sentido subjetivo e com um muito particular significado. Já não resta então normatividade nenhuma para além da *lex*, e esta não é senão o comando do soberano, não importando mais em absoluto o seu conteúdo.

Contra esse maciço ataque, a concepção de Coke, que não é senão, conforme Yale, “the classical common law theory”⁴⁸⁷, ainda encontrou forças para reagir por meio de um imediato desenvolvimento devido fundamentalmente a John Selden e Matthew Hale. Ambos contribuíram relevantemente para a formação da chamada *Historical Jurisprudence*, quando generalizaram os *insights* de Coke numa consideração que já não vinha restringida ao *common law* e punha o acento não tanto na continuidade quanto no crescimento ou gradual aperfeiçoamento de um direito que na *praxis* em que se realizava vinha sempre se transformando e enriquecendo, embora sob um mesmo e constante *basic framework*⁴⁸⁸. Hale chegou a preparar a sua própria resposta ao diálogo de Hobbes. Nas suas reflexões⁴⁸⁹, Hale reivindica para a razão prática um estatuto próprio, centrado na razoabilidade e referido à prudência; distingue a racionalidade aplicada ao direito por sua capacidade de enfrentar a natural dificuldade que encontramos sempre que se trata da medida daquilo que é certo e errado “when it comes to particulars”; exalta a experiência e a racionalidade acumulada num direito burilado ao longo dos séculos com a colaboração de muitos “wise and knowing men”; defende que o direito é isso mesmo: uma excepcional sabedoria, forjada por longa e reiterada experiência, cuja razoabilidade nenhum homem poderia sozinho superar⁴⁹⁰; e contra Hobbes sustenta

⁴⁸⁶ Hobbes, *A dialogue...*, op. cit., pp. 34/5.

⁴⁸⁷ Yale, “Hobbes and Hale on law, legislation and the sovereign”, op. cit., p. 126.

⁴⁸⁸ Nesse sentido, v. Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., pp. 1696 e ss. e 1709 e ss.; idem, *Law and revolution, II...*, op. cit., pp. 246-8 e 252 e ss.

⁴⁸⁹ Matthew Hale, “Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Lawe”, in William Holdsworth, *A history of English law*, v. V, 2ª ed., London, Methuen & Co., 1909, pp. 500-13.

⁴⁹⁰ Hale não deixa dúvidas quanto à prioridade dos critérios de razoabilidade do *common law* sobre os costumes: “*First*, The Common Law does determine what of those Customs are good and reasonable, and what are unreasonable and void. *Secondly*, The Common Law gives to those Customs, that it adjudges reasonable, the Force and Efficacy of their Obligation. *Thirdly*, The Common Law

que, não podendo embora ser infalível, o juízo de um jurista douto e experiente “will be much better fitted for right Judgement” do que o de quem disponha apenas da sua razão natural e confie na orientação dos repertórios legais e dos *law books* – e isso mesmo que se trate de um educado filósofo. Não bastasse, Hale defende isso tudo em favor da certeza e para a prevenção da arbitrariedade, com a confiança de que a terapia proposta por Hobbes não é mais eficaz do que o *traditional way* de ver o direito e a prática jurídica⁴⁹¹.

A propósito do complexo de absolutos poderes anexados por Hobbes à soberania, o juízo de Hale é o de que se expressam pelo que ele qualifica de um conjunto de “wild Propositions” inteiramente falsas, contrárias à justiça natural, perniciosas para o governo, destrutivas do bem comum e da segurança do governo, e desprovidas enfim de qualquer sombra de direito ou razão que as suporte. Em assuntos como esses, sustenta Hale, os melhores conselhos advêm não de um modelo imaginário como o de Hobbes, mas da tradição e da experiência, e estas são amplamente favoráveis às leis e costumes da Inglaterra, que consagram uma soberania à antiga, ou seja, uma soberania lastreada no direito e limitada por uma ordem normativa preexistente⁴⁹². Uma teoria como a de Hobbes em verdade enfraquece o poder soberano “and betrayes it with a Kisse”, além de ser sempre melhor um governo pelo direito com os seus eventuais inconvenientes do que um governo arbitrário com as suas muito maiores inconveniências⁴⁹³.

Temos assim em Hale a insinuação de uma vigorosa resistência, e de fato o *common law* e a *praxis* jurídica que lhe dá substrato demonstraram uma excepcional capacidade de sobreviver à modernidade política, embora as ideias já não lhes fossem em nada favoráveis e a resistência oposta pelos *common lawyers* não tenha chegado a uma articulação teórica e argumentativa capaz de fazer frente ao desafio da nova filosofia política. Para preservar o legado de um direito autônomo e

determines what is that Continuance of Time that is sufficient to make such a Custom. *Fourthly*, The Common Law does interpose and authoritatively decide the Exposition, Limits and Extension of such Customs” (Matthew Hale, *History of the Common Law of England*, Charles M. Gray [ed.], Chicago/London, University of Chicago Press, 1971, p. 18).

⁴⁹¹ Hale, “Reflections...”, op. cit., pp. 500-6.

⁴⁹² Cf. Berman, “The origins of historical jurisprudence...”, op. cit., p. 1719/20; idem, *Law and revolution, II...*, op. cit., p. 262; Yale, “Hobbes and Hale on law, legislation and the sovereign”, op. cit., p. 149.

⁴⁹³ Hale, “Reflections...”, op. cit., pp. 509-13.

normativamente prioritário no confronto com o poder, garantindo ademais a manutenção das condições de uma normativa subordinação da ordem política a um tal direito, a resistência teria de se articular também no domínio da teoria política, e para isso Hale teria de sustentar com a tradição que o poder político não é constitutivo do bom e do justo, que a ordem política é não apenas ou simplesmente uma sociedade orientada à garantia da segurança e de uma vida mais confortável, mas diversamente uma ordem aberta para e praticamente intencionada ao bom e ao justo, e que a *praxis* jurídica opera na ordem política de uma sociedade como um elemento de abertura para uma ordem de validade expressiva de exigências da justiça que transcendem a ordem atual da sociedade e que por meio daquela *praxis* permeiam continuamente esta ordem. Essa é a tarefa que a *Historical Jurisprudence* deixou por realizar, embora tais ideias estivessem de alguma forma pressupostas no modo tradicional como os *common lawyers* compreendiam o direito e a sua *praxis*.

3. A tradição romanista e o iluminismo (anti)jurídico

O enfrentamento protagonizado na Inglaterra por Coke, Hobbes e Hale, traduz a radical incompatibilidade entre uma compreensão tradicional da juridicidade e o pensamento político que começava a se afirmar. No continente, dificilmente conseguiremos encontrar um confronto argumentativo igualmente emblemático daquela incompatibilidade, e um qualquer que porventura encontrássemos seria certamente incapaz de ilustrar suficientemente a radicalidade da ruptura que estava por suceder, e que podemos situar na superação histórica da tradição jurídica romanista pelo iluminismo. A experiência jurídica romana é, com efeito, expressiva de uma compreensão da juridicidade análoga à dos *common lawyers*. O iluminismo que vai adiante qualificado de *(anti)jurídico* é, por sua vez, um resultado direto da vitória do pensamento político moderno sobre a filosofia política clássica. No confronto entre aquela experiência e a sua compreensão da juridicidade, de um lado, e o conjunto de ideias e atitudes que configuram a dimensão político-jurídica do iluminismo, de outro, veremos então novamente sobressair a incompatibilidade de pressupostos entre uma juridicidade autenticamente autônoma e a filosofia política moderna.

3.1. A tradição romanista

A modernidade política desafia toda uma tradição, e uma tradição que tem não só as suas raízes como também o seu mais perfeito desenvolvimento na experiência jurídica romana. Em linhas gerais, o que esta experiência tem em comum com a tradição do *common law* é fundamentalmente o caráter jurisprudencial do direito em torno do qual gravita, e um inegável protagonismo dos juristas e da *praxis* jurídica. Convém então examinarmos em que sentido se pode dizer que aquele é um direito jurisprudencial, e qual a específica tarefa confiada aos juristas.

3.1.a) A emergência histórica de um direito autônomo

A longa história da formação do direito romano começa com a *interpretatio* pontifícia. Os pontífices eram os mais importantes depositários e intérpretes do acervo de conhecimentos da comunidade⁴⁹⁴. Embora primitivamente a religião, a moralidade e o direito se encontrassem ainda fundidos num todo indiferenciado, sob os cuidados dos pontífices vai lentamente se desenvolvendo um saber especializado que assumirá os contornos de uma autêntica *iurisprudencia*, consistente numa *interpretatio* tendente a revelar um *ius (non scriptum)* involucrado nos *mores maiorum*⁴⁹⁵. Em razão dessa atividade interpretativa e dirigida à solução de problemas práticos submetidos aos pontífices, por meio de consultas formuladas por cidadãos e magistrados, vai tomando forma todo um repertório de saberes de índole normativa que constituirão a versão arcaica do direito romano. Apesar de a inovação vir sempre na forma de uma descoberta daquelas particulares exigências que os *mores* tinham em si involucradas, a *interpretatio* pontifícia contribui então criativamente para a formação daquele que será o *ius* tipicamente romano, e pode ser considerada uma das suas primeiras e mais importantes fontes⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Aldo Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 61.

⁴⁹⁵ Sebastião Cruz, *Direito romano (Ius Romanum) I – Introdução. Fontes*, 4ª ed., Coimbra, DisLivro, 1984, pp. 172/3.

⁴⁹⁶ Nesse sentido, pode-se consultar, dentre tantos, o riquíssimo ensaio de Guilherme Braga da Cruz sobre o *jurisconsultus* romano (“O «jurisconsultus» romano”, *Obras esparsas*, v. I, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979, pp. 147/8).

Não demoraria, contudo, até que o monopólio exercido pelo colégio dos pontífices sobre o acervo normativo da *civitas*, com o seu modo tipicamente aristocrático de revelação do *ius*, baseado num *responsum* de tipo oracular, viesse desafiado pelo “modelo da lei”⁴⁹⁷. No quinto século a.C., Roma sentirá de fato as reivindicações da plebe por uma lei escrita e por um regime de igualdade *sub lege*, inspirado nas leis de Sólon. Uma comissão é enviada à Grécia a fim de estudar o modelo legal grego, a seguir é instituída uma comissão para redigir as leis romanas, e tudo resulta em meados do século na *Lex duodecim Tabularum*⁴⁹⁸. É nessa etapa da história romana que se confrontam pela primeira vez o paradigma político da *lex* e o modelo sapiencial do *ius*.

Embora a fase clássica do desenvolvimento da *iurisprudentia* e de um *ius* destacado da sua matriz religiosa não tivesse nem sequer iniciado, o modelo da lei se deparou em Roma com uma experiência alternativa já suficientemente consistente e capaz de se afirmar contra o paradigma legal expressivo da proeminência da política, típica da atitude grega. Foi sem dúvida nesta quadra da história que o “povo do direito”⁴⁹⁹ demarcou a linha que viria a separá-lo de uma civilização para a qual o *ius* nem nome tinha, devido à pura e simples “mancanza della cosa”⁵⁰⁰.

Paradoxalmente, a Lei das XII Tábuas foi o primeiro passo⁵⁰¹ de um processo de laicização que culminaria na fase clássica do desenvolvimento da *iurisprudentia*, quando então o paradigma romano do *ius* viria finalmente à luz em todo o seu esplendor, revelando ademais toda a sua potencialidade. Num primeiro momento, a carga normativa da legislação romana se viu totalmente absorvida pelo “saber secreto”⁵⁰² dos pontífices. De fato, as XII Tábuas exprimiam, segundo Schiavone,

⁴⁹⁷ Por todos, Schiavone, *Ius...*, op. cit., cap. VII, pp. 74 e ss.

⁴⁹⁸ Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 178/9.

⁴⁹⁹ Fritz Schulz, *Principios del derecho romano*, 2ª ed., tradução de Manuel Abellán Velasco, Madrid, Civitas, 2000, p. 205.

⁵⁰⁰ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 78.

⁵⁰¹ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., pp. 142/3.

⁵⁰² Wolfgang Kunkel, *Historia del derecho romano*, tradução de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1999, p. 106.

um saber extratificado e já muito elaborado⁵⁰³, que por isso demandava para sua dilucidação e prática aplicação uma intervenção do colégio dos pontífices. O trabalho exegético dos sacerdotes voltava assim a se manifestar na forma das *responsa*, com o que aqueles acabaram por se apropriar da lei, encerrando-a na trama explicativa e adaptadora das próprias pronúncias. Desse modo a novidade acabou por ser reabsorvida, esterilizada e integrada – nas palavras de Schiavone – à prática pontifícia, de forma que, entre *lex* e *responsum*, esta expressão da *iurisprudencia* pontifícia voltaria a prevalecer na formação do *ius*, permanecendo assim por séculos. E foi dessa maneira que se consolidou um dos traços essenciais de toda romanidade: o primado do saber dos *experts* relativamente às normas provenientes das instituições políticas da cidade, e o isolamento do *ius* num conjunto de práticas subtraídas ao domínio direto das instâncias políticas⁵⁰⁴.

Mas um ulterior passo teria ainda de ser dado para que a *iurisprudencia* romana assumisse derradeiramente todas as suas distintivas características. Faltava, a saber, completar o processo de laicização, e isto só verdadeiramente sucedeu quando, a partir do séc. III a. C., as *responsa* passaram a ser oferecidas aos consulentes perante todos que porventura quisessem se instruir nas coisas em que até então eram versados apenas os pontífices. O “segredo” em torno do conhecimento especificamente jurídico viria a ser assim superado, e os pontífices passariam a enfrentar a concorrência de todos que pretendessem se dedicar ao cultivo do *ius*. Forma-se então uma classe de *experts* que se distinguirá por um saber laico voltado à solução de problemas práticos concernentes às relações entre os cidadãos. Só a partir daí o monopólio do colégio pontifício será realmente quebrado, e veremos inteiramente diferenciados dos pontífices e do seu compreensivo saber uma classe de jurisconsultos – os *iuris prudentes* – e um saber prático autônomo que merecerá ser chamado *iurisprudencia* no sentido próprio do termo⁵⁰⁵. Vemos então como a escolha pelos romanos do paradigma do *ius* e a

⁵⁰³ A Lei das XII Tábuas era ainda *lex*, afinal, no sentido pré-moderno do termo: “the public and authoritative declaration of what was *ius*” (Peter Stein, *Roman law in European history*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 04).

⁵⁰⁴ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 91-3.

⁵⁰⁵ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., pp. 146/7; Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 106.

entrada em cena do jurista determinaram o nascimento do direito como uma dimensão autônoma do complexo normativo socialmente relevante⁵⁰⁶.

3.1.b) O jurisconsulto

Não é possível compreender a especificidade desse direito senão por referência ao jurista e à sua atividade. Numa formulação representativa de um consenso entre os romanistas, pode-se dizer, com Schiavone, que os juristas foram os “protagonisti assoluti della civiltà giuridica romana”⁵⁰⁷. A sua era uma profissão apenas em sentido impróprio, uma “profissão aristocrática”, pois a dedicação dos juristas romanos ao direito não tinha nenhum fim econômico imediato nem estava diretamente relacionada ao exercício de um ofício, e vinha exclusivamente apoiada numa *auctoritas* que, diversamente da autoridade moderna, era expressão não do poder, mas de um reconhecimento social espontâneo dependente da virtude, do prestígio, da competência e do talento⁵⁰⁸. É por sua *autorevolezza*, naquele particular sentido, que os juristas eram procurados para responder quesitos relativos aos problemas práticos emergentes da complexa dinâmica das relações entre os cidadãos⁵⁰⁹.

Como antes os pontífices, os jurisconsultos romanos exerciam um elevado sacerdócio – eram, conforme Ulpiano, os sacerdotes da justiça (D. 1, 1, 1, 1), assim considerados por sua *prudentia*, donde serem chamados os *prudentes*, “aqueles que sabem agir”⁵¹⁰. Com uma nota distintiva, porém: o seu sacerdócio é agora derivado de um específico e laico saber prático; não de uma *prudentia* no mais amplo significado da expressão, mas de uma muito particular *iuris-prudentia*. A palavra incorporada pelo jurista nas suas *responsa* é a palavra daquele que sabe⁵¹¹, mas o seu é um saber especializado e veiculado por um modo muito específico, para a

⁵⁰⁶ Schiavone, *lus...*, op. cit., pp. 96/7.

⁵⁰⁷ Schiavone, *lus...*, op. cit., p. 30.

⁵⁰⁸ Mario Bretone, *Storia del diritto romano*, 10ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2004, pp. 153 e ss. Segundo Vico, como jurista o romano alcançava o porto mais digno da vida (“Da jurisprudência” [Item XI de ‘De nostri studiorum ratione’], tradução de Mário Buti, *Textos clássicos de filosofia do direito*, Anacleto de Oliveira Faria [coord.], São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 65)

⁵⁰⁹ Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 35/6 e 68.

⁵¹⁰ Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 56/7 e 289.

⁵¹¹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 18.

solução de um tipo também específico de problemas⁵¹². Convém então voltarmos-nos à atividade jurídica desses jurisconsultos, para que sobressaia com maior clareza a natureza daquele saber e do direito que este saber parcialmente incorpora e dele parcialmente resulta.

3.1.c) A *praxis* jurídica e o desenvolvimento de um direito jurisprudencial

Em primeiro lugar, é importante destacar o caráter eminentemente privado ou pelo menos não-oficial da atividade dos juristas romanos. Mesmo que o jurista porventura ocupasse algum ofício, *enquanto jurisconsulto* a sua atuação se conservava privada e autônoma relativamente às eventuais atividades públicas que tivesse sob o seu encargo⁵¹³. Mesmo assim, as suas *responsa* tinham valor normativo, pois vinham suportadas pela sua *auctoritas*. Com efeito, embora a *auctoritas* fosse uma expressão do prestígio social e tivesse o seu suporte no reconhecimento de certas qualidades pessoais – e não, conforme já sublinhamos, um vínculo de sujeição baseado na heterônoma imposição de uma *potestas* –, tratase, segundo Schulz, de uma *qualidade normativa* ou de um atributo dotado de relevante eficácia normativa⁵¹⁴. Se um romano se destacasse no cultivo do direito, poderia esperar que as suas opiniões viessem acolhidas e observadas por expressarem exigências de índole autenticamente normativa. E é este na verdade um dos motivos pelos quais muitos romanos da mais elevada estatura se dedicavam abnegadamente ao direito. O romano se via atraído pelo direito em razão da fama, da honra, do prestígio e da popularidade que a perícia *ad respondendum* proporcionava⁵¹⁵. Se porventura se destacasse na tarefa, certamente colheria abundantes frutos. Note-se, contudo, que a *auctoritas* não era anterior à nem independente da demonstração pelo jurista das suas qualidades de jurisconsulto. O valor normativo das *responsa* dos juristas lastreava-se conseqüentemente na sua *auctoritas*, mas esta não era conquistada senão pela demonstração da parte do jurista da sua proficiência nos assuntos do direito. Em última instância, o valor

⁵¹² Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 161/2.

⁵¹³ Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., p. 159; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 16/7; Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 30; Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 121.

⁵¹⁴ Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 187/8.

⁵¹⁵ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., p. 157; Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 107.

normativo das *responsa* radicava então em um específico saber. Só assim poderia uma atividade privada assumir a primazia na formação do patrimônio jurídico da civilização do direito.

Dotadas embora de valor normativo, pela proficiência do jurista no saber que expressavam, as *responsa* não eram diretamente orientadas à criação de regras. A vocação do jurista romano é para a solução justa do caso. É a isso que ele se dedica, e é nisso que é inigualável⁵¹⁶. O *responso* é o modo habitual do seu casuístico proceder⁵¹⁷. É assim, respondendo, que o jurisconsulto resolve os quesitos jurídicos que lhe são apresentados e orienta o comportamento negocial e processual dos cidadãos, as escolhas normativas dos magistrados – manifestadas nos seus editos ou nas fórmulas que orientam a solução dos casos –, e as decisões dos juízes⁵¹⁸. No desempenho dessa tarefa, nem pressupunha o jurista um sistema de regras a aplicar, nem o seu direto propósito era o de criar qualquer regra. Isto não significa, contudo, que o jurisconsulto carecia de referenciais normativos, assim como não quer dizer que o valor normativo dos seus pareceres era apenas circunscrito ao caso. Pelo contrário, ao resolver um quesito o jurista fazia avançar um direito que já existia, e assim contribuía para o seu desenvolvimento. Vejamos então em que termos o jurisconsulto romano era orientado por um *corpus iuris* anterior, e como simultaneamente colaborava para a formação do *ius romanum*.

O tradicionalismo do homem romano é geralmente reconhecido, e este seu traço teve um papel decisivo na formação do direito romano⁵¹⁹. O típico jurisconsulto nunca encara o direito em termos prospectivos, como se fosse uma tarefa só sua ou algo inteiramente por fazer. Antes dele, já os pontífices conservavam de geração em geração a memória das respostas com que iam solucionando os problemas concretos submetidos à consideração do colégio pontifício, e toda nova questão era confrontada com uma massa aluvional e sedimentada composta pelo complexo das

⁵¹⁶ Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 119.

⁵¹⁷ O bom jurisconsulto é perito *ad respondendum* mas também *ad agendum* e *ad cavendum*. É por meio, contudo, das suas respostas em um sentido mais amplo que o jurisconsulto orienta tanto a atuação judicial quanto as relações negociais dos cidadãos, e é ademais nas *responsa* em sentido estrito que o jurisconsulto cumpre a sua precípua tarefa no desenvolvimento do direito (Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., p. 161; Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 291/2).

⁵¹⁸ Bretonne, *Storia del diritto romano*, op. cit., p. 195.

⁵¹⁹ A propósito desse tradicionalismo, v. Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 107 e ss.

responsa anteriores, na busca de precedentes capazes de orientarem a solução exigida pelo caso. Quando se deparavam com um problema novo, os pontífices podiam então buscar critérios num acervo de saber prático enriquecido pela experiência e guardado pela memória. Essa prática constituiu uma longa e complexa cadeia de sucessivas *responsa*, e formou um primeiro saber autenticamente jurídico⁵²⁰. Quando mais tarde o jurisconsulto assumiu a tarefa, tinha já detrás de si onde buscar orientação, e invariavelmente buscava. Segundo Lombardi, a resposta para o quesito atual era antes de tudo procurado no *corpus* já existente de um direito jurisprudencial, e isto a ponto de a atividade do jurista poder vir descrita como “un [contínuo] responso sui responsi”⁵²¹.

Isso não significa, contudo, que o jurista romano reproduzia apenas ou mecanicamente aplicava um direito inteiramente pressuposto. Se aquele ininterrupto diálogo com o passado assegurava a continuidade de um processo formativo em cadeia⁵²², a permanente abertura para o problema e para a problemática da sua adequada solução permitia que o saber jurídico andasse num contínuo crescer. É verdade que o jurisconsulto romano normalmente considera o caso *tal como narrado*, sem se preocupar com a fidedignidade da narrativa, e, portanto, com o que no jargão do processo chamaríamos questões de prova ou de fato⁵²³. Mas mesmo que o caso seja apreciado *in statu assertionis*, as questões apresentadas ao jurisconsulto são aquelas que assim este caso suscita, e procuram no seu autorizado parecer uma resposta adequada à solução do caso concreto supostamente representado pela narrativa. A atenção do jurisconsulto estava centrada, portanto, neste imediato propósito de prover uma solução aderente ao caso, e a prioridade desta perspectiva casuístico-problemática é geralmente exaltada, tendo sido telegraficamente sintetizada por Fritz Schulz quando escreveu que, para os romanos, *no princípio estava o caso*⁵²⁴. Essa metodológica priorização do caso e a imediata preocupação com a adequação prático-normativa da solução proposta não admitia que o jurisconsulto se limitasse nas diversas circunstâncias a

⁵²⁰ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 67-9.

⁵²¹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 27/8 e 66.

⁵²² Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 159.

⁵²³ Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 52/3; Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., p. 198.

⁵²⁴ Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., p. 61.

replicar aproblematicamente as *responsa* porventura dadas a propósito de casos precedentes. Os romanos sabiam melhor do que ninguém que cada caso é único nas suas distintivas particularidades e que uma adequada solução geralmente não resulta de uma operação lógica em que as soluções precedentes venham assumidas como premissas para uma dedução. E de fato o acervo de critérios que a tradição transmitia era visto pelo jurista como um complexo de aquisições casuísticas de uma experiência passada que teria de ser no caso considerada e doravante continuada, mas não como um sistema acabado de critérios abstratos desvinculados de qualquer experiência judicativa subjacente e dotados de um sentido normativo geral que permitisse uma pura *aplicação* à maneira proposta pela teoria da subsunção. É evidente que o jurisconsulto romano encontrava regras quando retrospectivamente buscava critérios consagrados para a solução do caso novo. Mas ele tinha bem presente que as *regulae* porventura identificáveis no contexto de uma *praxis* jurídica como a romana não passavam de simples expressões eventualmente já generalizadas das soluções dadas aos casos concretos anteriormente solucionados, de maneira que só adquiririam valor para o caso atual se num confronto de natureza analógica resultasse da comparação dos casos anteriores com o novo a conclusão de que por sua similaridade este merecia uma solução análoga ou mesmo idêntica. Uma lúcida percepção da dinâmica deste modo de formação do direito recomendava sempre uma atenta consideração das soluções precedentes, mas também abria ao jurisconsulto a via para a compreensão de que as regras não podem ser consideradas fontes autônomas do conhecimento do direito nem critérios suficientes para a solução dos casos novos, na medida em que apenas refletem um direito forjado pela casuística e expressivo das soluções dos casos anteriores, podendo ocorrer, portanto, de este direito formado pela jurisprudência e involucrado nas soluções precedentes já não ser o direito exigido pelas circunstâncias do caso atual⁵²⁵. Daí a resistência romana à abstração e o ceticismo do jurisconsulto no que concerne ao valor prático-normativo das regras⁵²⁶.

⁵²⁵ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, tradução de M. Joseph Modrzejewski, *Romanitas* 5 (1962), pp. 111 e 115.

⁵²⁶ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, op. cit., p. 111; Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 62/3; Peter Stein, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, tradução de Anna De Vita, Maria Donata Panforti e Vincenzo Varano, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 105/6.

Em vez de partir de um sistema de regras para aplicá-las ao caso, o jurisconsulto parte do caso em busca de argumentos que orientem a sua solução⁵²⁷. Se nesta busca encontra regras, ele as confronta problemáticamente com o caso para verificar se apontam o caminho para uma adequada resposta. As regras são assim testadas porque a prioridade é do caso e o propósito do proceder é a justeza da solução, e não a manutenção da estabilidade de um sistema normativo de regras dotadas cada uma de um significado constante e de um inalterável âmbito e modo de aplicabilidade. Isto justifica que Viehweg tenha atribuído natureza tópica ao método dos jurisconsultos romanos⁵²⁸, embora talvez não seja irrelevante o reparo que lhe fez Max Kaser para notar que apenas em uma minoria de casos os juristas romanos encontravam os argumentos de que precisavam em regras e noções gerais que pudessem ser neste sentido qualificadas como *topoi*. Frequentemente, os jurisconsultos encontravam as soluções de que precisavam nas circunstâncias mesmas do problema ou na solução de um caso vizinho que ainda não dera lugar a uma regra ou critério de índole geral⁵²⁹. Seja como for, é certo que os argumentos e critérios disponíveis, constituindo ou não autênticos *topoi*, não operavam como premissas tiradas de um sistema pressuposto. A memória de casos análogos e precedentes jurisprudenciais intervinha numa consideração problemática das alternativas soluções porventura apropriadas ao caso, e frequentemente este confronto entre possibilidades judicativas diversas dava lugar à polêmica, num diálogo entre opiniões que as fontes denominavam *disputatio*⁵³⁰.

É evidente que de um proceder desse tipo não pode resultar uma pura reprodução de um direito pressuposto. Na *praxis* dos jurisconsultos, o direito ia se desenvolvendo e aperfeiçoando, para adaptar-se às exigências de cada caso, e por isso o *iuris prudens*, colocando-se embora na posição de intérprete, acabava por ser também o principal artífice do *ius civile*⁵³¹. É certo que o direito era procurado num *corpus iuris* já existente, mas também que o desenvolvimento daquele mesmo

⁵²⁷ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, op. cit., pp. 114/5.

⁵²⁸ Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, pp. 73 e ss. No mesmo sentido, Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 303 e ss.

⁵²⁹ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, op. cit., p. 114.

⁵³⁰ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., p. 176; Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., p. 200.

⁵³¹ Santos Justo, *Direito Privado Romano – I (Parte Geral)*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 86; Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 161/2.

corpus vinha garantido pelo *Problemdenken* de uma *militia respondendi*⁵³². Sempre orientado pela tradição e por um saber acumulado, movendo-se dentro do marco de um *corpus iuris* anterior, o jurisconsulto se sentia à vontade para propor os ajustes e desenvolvimentos que os casos porventura exigissem, num proceder que era ao mesmo tempo, portanto, cumulativo e seletivo, tradicionalista e experimental, inventivo mas resistente ao radicalismo crítico, criativo mas ao mesmo tempo infenso ao reformismo. Tudo a permitir uma progressão cuidadosa, sem rupturas, em um contínuo crescimento⁵³³. É claro que de uma tal contínua *praxis* resultarão regras. Mas as regras que assim emergem são aquelas generalizações sempre precárias que resultam de uma problemática atividade judicativa centrada no caso, e que portanto nunca chegam a se imobilizar num sistema acabado de critérios abstratos. Este ponto é decisivo e marca um dos traços distintivos de toda experiência jurídica pré-moderna. Conforme ao modo romano de ver as coisas, *direito* é não aquilo que o jurista encontra pronto em uma regra, mas o que ele procura para solucionar um caso. O *ius* é sobretudo aquele específico critério que caso a caso se encontra para desatar os nós da vida concreta, e que só de caso em caso, cautelosamente, vai admitindo generalização; se assim vão se formando regras, é certo que isto se passa na forma de uma acumulação devida à memória dos juristas, que de caso em caso vão colhendo e preservando as aquisições, numa renovação que sucede só gradualmente e conforme às exigências dos problemas concretos⁵³⁴.

Esse casuístico modo de formação de regras foi explicado por Max Kaser no seu conhecido ensaio sobre o método dos jurisconsultos romanos. Referimo-nos já às suas constatações para mostrar que a regra não era considerada uma fonte autônoma do *ius*, mas queremos ainda salientar que a premissa desta concepção e daquela dinâmica formativa de regras é a compreensão de que o *ius* não decorre da regra, mas antes o oposto: a regra é apenas uma manifestação normativa do *ius* – conforme Paulo, *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50, 17, 1)⁵³⁵. As *regulae* de um direito assim formado são de fato enunciações abreviadas das aquisições de uma *praxis* judicativa de índole casuística. Conforme

⁵³² Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 32.

⁵³³ Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 199 e 294; Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 38 e 107 e ss.,

⁵³⁴ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 19/20.

⁵³⁵ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, op. cit., p. 111.

sintetizou Luis Fernando Barzotto, o recurso à regra “nada mais é do que o recurso às soluções, comprovadas pela experiência, de uma série de casos”⁵³⁶. O jurista romano maneja regras como quem perscruta o passado de uma experiência vivenciada, e se as respeita e considera é por seu conteúdo judicioso, e não por seu caráter imperativo⁵³⁷. O direito vai então se cristalizando em termos gerais porque certos critérios e soluções sobrevivem ao teste de uma *praxis* jurisprudencial orientada à investigação casuística do *ius*⁵³⁸. E é assim que se forma o *ius civile*, um complexo de opiniões, regras e critérios consagrados pela *iurisprudentia* na forma do *responso* e submetidos a uma contínua prova judicativa⁵³⁹, tudo compondo, nas palavras de Schiavone, a ossatura prescritiva das relações entre os cidadãos⁵⁴⁰.

3.1.d) A *iurisprudentia* e o *ius honorarium*

Sabemos que também a atividade jurisdicional dos magistrados desempenhou um importante papel na formação do direito romano clássico, sendo a responsável por aquela sua parte designada *ius honorarium*. O privilegiado modo de formação deste direito jurisdicional, também chamado *ius praetorium*, era o edito do pretor. Anualmente, os pretores faziam publicar por meio do *edictum* um conjunto de fórmulas representativas dos meios processuais postos à disposição dos cidadãos para a tutela dos seus interesses nas circunstâncias que hipoteticamente estabeleciam⁵⁴¹. Essas fórmulas não eram, porém, desligadas da atividade jurisdicional do pretor no processo formular. No processo *per formulas*, o pretor atuava apenas na primeira fase do procedimento (*in iure*), que terminava com uma *litiscontestatio* representativa da aceitação pelas partes de uma fórmula onde vinha nomeado um juiz privado e enunciado o critério de decisão a ser observado pelo

⁵³⁶ Barzotto, “Prudência e jurisprudência...”, op.cit., p. 185.

⁵³⁷ Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, op. cit., p. 120.

⁵³⁸ Para um exemplo de como uma progressiva abstração tem lugar na apreciação de casos análogos, formando afinal regras gerais, v. Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., pp. 61/2.

⁵³⁹ Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 196/7.

⁵⁴⁰ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 104.

⁵⁴¹ A fórmula continha dois períodos hipotéticos e estabelecia as condições de fato sob as quais o réu deveria ser condenado ou absolvido. Sua típica estrutura era: “*Si paret... condemnato, si non paret absolvito*” (Vicenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1998, p. 124). A fórmula manifestava, portanto, o reconhecimento jurisdicional de que as hipotéticas condições que impunham a condenação conferiam ao autor, caso comprovadas, uma pretensão contra o réu (Giovanni Pugliese, *Actio e diritto subietivo*, Milano, Giuffrè, 1939, *passim*).

iudex na fase seguinte (*apud iudicem*). Esta segunda fase tinha função instrutória e culminava numa decisão conforme ao critério da fórmula e à prova produzida. A fórmula era então o modo do *iudicium dare*, e representava o reconhecimento pelo pretor de que o autor podia agir contra o demandado conforme à sua postulação, dependendo a sorte do litígio do que a partir daí viesse a ser provado perante o *iudex*⁵⁴². Por meio dessa atividade de índole tipicamente jurisdicional, os pretores iam enriquecendo o rol de interesses que segundo o direito romano mereciam tutela, e especificando sob que condições determinadas pretensões viriam protegidas pelo *ius dicere* do magistrado. Ocorre que tanto as partes quanto os jurisconsultos tinham um papel decisivo neste desenvolvimento, as primeiras ao proporem fórmulas e impugnarem as propostas da parte adversária, e os últimos ao orientarem as partes e também os próprios pretores a respeito das fórmulas a serem propostas e concedidas. O edito do pretor era o resultado dessa dinâmica especificamente processual que contava com a colaboração do jurisconsulto. E como também a seleção e elaboração das fórmulas que viriam a compor o edito do pretor eram orientadas pelos juristas, pode-se dizer que a formação do *ius honorarium* deve-se mais às *responsa* dos jurisconsultos e à iniciativa jurisprudencialmente orientada das partes do que ao gênio criativo do pretor⁵⁴³.

O jurista romano é também, com efeito, um “manipulador de fórmulas”, e o seu contributo para o desenvolvimento do *ius honorarium* é decisivo. A estabilização dos critérios que vão sendo incorporados aos editos dos pretores depende da relevância que tais critérios vão assumindo na *praxis* jurisdicional. Mas a apuração desta relevância é confiada à *iurisprudencia*⁵⁴⁴. Segundo Braga da Cruz, o êxito que o edito alcançou como fonte do direito foi proporcionado pela contínua fusão de disposições transláticas que preservavam e renovavam critérios editais anteriores (*edictum translaticium*), e disposições novas que incorporavam ao *ius honorarium* as modificações e acréscimos que a prática ia aconselhando (*edicta nova*), sempre

⁵⁴² Giuseppe Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1965, p. 282; Francesco de Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 193/4.

⁵⁴³ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., pp. 166 e 171. Lembre-se que os pretores sequer precisavam ser juristas, pois contavam com a orientação de um *consilium* de jurisconsultos (Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., p. 261).

⁵⁴⁴ Bretonne, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 171/2 e 188 e ss.

conforme à segura orientação dos jurisconsultos⁵⁴⁵. Tal como salientam os romanistas em geral, é de fato só mediante o aporte crítico e técnico dos jurisconsultos que o *ius honorarium* vai se modificando e aperfeiçoando até compor, com a relevância que alcançou, ao lado do *ius civile*, o que hoje consideramos a porção clássica do direito romano: um direito jurisprudencial de casos e de ações, numa síntese dos aportes da *iuris prudentia* e da *iuris dictio*⁵⁴⁶.

3.1.e) A *iurisprudencia* e a *lex*

Alguém dirá que o papel da lei fica assim subestimado, pois certamente a *lex* teve a sua participação no desenvolvimento do direito romano. Mas se trata de uma participação bastante modesta quando circunscrevemos a análise ao direito privado e processual, ou seja, àquela porção do *ius* que forma o direito romano clássico. Trata-se também este de um fato geralmente reconhecido pelos estudiosos do direito romano, que a propósito não cansam de salientar como a lei era extraordinária, e complementar ou subsidiário o seu papel relativamente a um *corpus iuris* que a precedia; como aparecia por todo o prolongado desenvolvimento do direito romano apenas casual e episodicamente, e normalmente apenas para contribuir com retoques e exceções destinadas à incorporação a um acervo normativo independente de toda intervenção legislativa⁵⁴⁷. O “povo do direito”, assevera Schulz, não é o povo da lei⁵⁴⁸. Além disso, os juristas romanos também desempenhavam um papel importante na elaboração das leis⁵⁴⁹, e aquelas *leges* que porventura invadissem o campo natural do *ius civile* eram, uma vez vigentes, apropriadas pelos juristas e integradas à tradição do seu saber⁵⁵⁰, não servindo jamais, porém, como critério suficiente e autônomo para a solução de problemas jurídicos⁵⁵¹. Percebe-se então que o fator verdadeiramente decisivo na formação e

⁵⁴⁵ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., p. 166.

⁵⁴⁶ Schiavone, *Ius...*, op. cit., pp. 117 e ss.; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 15.

⁵⁴⁷ Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 182 e 309; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 12/3 e 26.

⁵⁴⁸ Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., p. 28.

⁵⁴⁹ Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 133.

⁵⁵⁰ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 117.

⁵⁵¹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 26 e 67.

desenvolvimento do direito romano é a *iurisprudentia*⁵⁵². Segundo Lombardi, as disposições editais do *ius honorarium* formavam como que uma rede de estradas circundada por toda uma paisagem composta pela *iurisprudentia*⁵⁵³, e parece-nos agora que o mesmo pode ser dito em relação à lei, com a ressalva, porém, de que esta tem uma participação ainda mais modesta do que o direito dos pretores na formação daquele *corpus*.

3.1.f) O *ius* romano e a ordem da *civitas*

É claro que um direito complexo e desenvolvido ao longo de séculos, como foi exemplarmente o caso do direito romano, teria forçosamente de contar em seu desenvolvimento com os mais variados contributos, e ir se extratificando a ponto de podermos diferenciar o individual aporte das *responsa* dos jurisconsultos, das fórmulas e dos editos dos magistrados, assim como da legislação. Mas na dinâmica para a qual concorrem esses vários elementos intervém continuamente um elemento integrador e ordenador, com vistas à solução dos problemas que vão surgindo, e isto a ponto de aqueles diversos extratos virem todos absorvidos num direito que transcende cada uma das suas partes. Aquele elemento integrador e ordenador é a *iurisprudentia*⁵⁵⁴. O *responso*, orientado a uma adequada solução do caso, hierarquiza continuamente os diversos critérios disponíveis, especifica-lhes o sentido e apura a respectiva relevância judicativa, estende e reduz a sua aplicabilidade conforme à justeza das soluções que viabilizam em cada circunstância, etc., e vai assim construindo a unidade de um *ius* que se situa para além de cada uma das suas manifestações, quer apareçam aqui e ali sob a forma de *responsa*, *formulae* ou *leges*. É assim que se pode dizer, novamente com Lombardi, mas em rigorosa concordância com os estudiosos em geral, que aquele *ius* integrante das suas várias manifestações normativas é confiado ao jurista⁵⁵⁵. Trata-se, quanto ao seu modo formativo, de um *Juristenrecht* no sentido rigoroso do termo, pois se o edito e a lei deixaram a sua contribuição, tudo passa afinal por uma espécie de fusão que na época pós-clássica daria lugar à consideração de toda a matéria transmitida desde a

⁵⁵² Neste sentido, v. g., Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 132; Bretonne, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 184.

⁵⁵³ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 26.

⁵⁵⁴ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 29.

⁵⁵⁵ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 33.

fase clássica como um unitário e autônomo *ius* de índole e origem jurisprudencial que viria então a ser contraposto às *leges imperiales* da época tardia⁵⁵⁶.

É assim chegado o momento de perguntarmos o que é afinal esse direito romano. Sob certos pressupostos que não temos por que desde logo admitir, uma conveniente resposta seria: é um conjunto de regras e critérios *criados* pelos juristas no contexto de uma *praxis* jurisprudencial casuística. Parece-nos, contudo, que devemos levar a sério a perspectiva do próprio jurista romano e os pressupostos que orientam a sua atividade. E aquela é aparentemente a de alguém que *descobre* em vez de criar, enquanto um ao menos dos pressupostos que governam toda a experiência jurídica romana é a de que o direito é mais um alvo do saber do que um artifício da vontade. Na famosa definição de Ulpiano colhida no *Digesto*, *iuris prudentia* é a *ciência* do justo e do injusto⁵⁵⁷. É porém inegável que a *iuris prudentia* constituía uma força criativa, e os próprios romanos o reconheciam e declaravam, quando caracterizavam o *ius civile* como aquilo que sem ter sido escrito vem composto pelos prudentes (*quod sine scripto venit compositum a prudentibus*), e arrolavam entre as fontes do *ius civile* a autoridade dos prudentes (*auctoritate prudentium*) e as suas respostas (*responsa prudentium*)⁵⁵⁸. Para que essas duas constatações – de um direito que é ao mesmo tempo objeto do saber dos juristas e criação sua – venham equacionadas, temos que distinguir duas diferentes acepções do romano *ius*: como norma ou ordenamento jurídico, e como aquilo que é justo, a própria coisa justa, a realidade justa ou simplesmente o *iustum*⁵⁵⁹. E assim as coisas parecem se esclarecer, pois o jurista romano descobre caso a caso o *ius-iustum* e do saber daquilo que é justo vão num crescer resultando normas e critérios – cada um, um *ius*-norma – que doravante orientarão a busca casuística do *ius-iustum* e que acabam por constituir um *ius*-ordenamento. O *iustum* é descoberto, não criado, mas as normas e critérios que o jurista vai continuamente formulando para expressar e de algum modo preservar o saber do *iustum* que se acumula são autenticamente criados, ou criado ao menos é o ordenamento que resulta da composição num todo

⁵⁵⁶ Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., pp. 133/4; Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., pp. 248/9.

⁵⁵⁷ «*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (Ulpiano, D. 1, 1, 10, 2).

⁵⁵⁸ Pompônio, D. 1, 2, 2, 5; Papiniano, D. 1, 1, 7, pr.; Ulpiano, D. 1, 1, 2, 3.

⁵⁵⁹ Sebastião Cruz designa estes dois, respectivamente, o *sentido normativo* e o *sentido objetivo* de *ius* (*Direito romano...*, op. cit., pp. 20 e ss.).

daquelas normas e critérios expressivos do conhecimento do *iustum*. Em suma, o *ius-iustum* é objeto do saber, enquanto o *ius*-ordenamento é uma expressão daquele saber, mas em si mesmo uma criação por meio da qual o jurista tenta expressar, estabilizar e transmitir as aquisições daquele saber.

Essa concepção de um *ius-iustum* descoberto parece vir confirmada pela maneira como os romanos se referiam aos seus juristas e ao saber que os distinguia. O jurisconsulto é o *prudens*, quem vê as coisas no seu aspecto valorativo conforme à verdade, como o *phrónimos* aristotélico. A sua específica qualidade é uma particular *prudentia*, aquela *recta ratio agibilium* orientada a desvendar o que é justo e a mover o *agere* conforme a este conhecimento, pelo que vai chamada “*iuris-prudentia*” – o distintivo atributo de quem sabe o *que* é justo ou injusto e *como* praticamente alcançar o justo e evitar o injusto. Nesse saber vai por sua vez pressuposta uma certa *notitia* de coisas divinas e humanas (*divinarum atque humanarum rerum notitia*) que de algum modo informam a ordem social e concorrem para a determinação do que é justo e injusto⁵⁶⁰. A *iurisprudencia* tem assim também o sentido de um conhecimento das exigências da ordem para o caso, do justo concreto conforme à natureza das coisas e das relações que a vida cria⁵⁶¹. Mesmo que o direito romano seja então criado pelos jurisconsultos, é certo que isto se passa sobre a base de uma “prática cognitiva”⁵⁶² que dá suporte àquele direito, por fazer dele a expressão de um saber prático-prudencial acerca do justo, da própria *res iusta*. E se, portanto, a *iurisprudencia*, as *responsa* ou a *auctoritas* dos juristas constituem em conjunto a principal fonte do direito romano, é primeiramente no sentido muito específico de “lugar onde nos aparece o direito”, no sentido “objetivo” do termo⁵⁶³. O direito romano é o direito tal como aparece aos juristas romanos na sua busca inquisitiva e casuística do justo concreto; é o direito tal como conhecido pelos juristas romanos, e é neste sentido que a *iurisprudencia* é fonte autônoma e por excelência daquele direito⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 280 e ss.; Santos Justo, *Direito Privado Romano...*, op. cit., p. 87.

⁵⁶¹ Barzotto, “Prudência e jurisprudência...”, op.cit., pp. 179/80 e 186/7; Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., p. 55.

⁵⁶² Schiavone, *Ius...*, op. cit., pp. 104/5.

⁵⁶³ Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 162/3.

⁵⁶⁴ Nesse sentido, Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 61 e ss.

A perspectiva em que o direito assim aparece é aquela na qual prevalece a procura, nas coisas, do justo, em perspectiva microscópica. O que importa ao jurista romano é o que é justo no caso, considerando a ordem das relações humanas tais como se apresentam, e o lugar de cada um nessa mesma ordem. O direito como *iustum* aparece e como ordenamento é criado na abertura do jurista para o problema do justo concreto. Nesta inquisição do justo concreto a *praxis* jurídica se abre para uma ordem de validade que não é a rigor criada e que transcende a ordem da sociedade, pois o justo buscado pelo jurista não é uma invenção daquela mesma sociedade. Quando a sociedade, porém, incorpora normativamente o saber assim adquirido, aquela validade permeia a ordem da sociedade, e a tradução daquele saber na forma de um ordenamento jurídico equivale à incorporação pela ordem da sociedade de uma validade transcendente. O direito constitui-se assim como uma ordem de validade que orienta normativamente a *praxis* na medida em que é expressiva de uma saber relativo ao justo.

Não sabemos ao certo se essa nossa interpretação apreende adequadamente o pensamento dos juristas romanos, mas parece-nos de qualquer forma que se ajusta à sua própria perspectiva. Seja como for, queremos retê-la, pois vemos aí uma das chaves para a compreensão da juridicidade. Voltaremos a ela mais tarde. O que agora importa salientar é que essa ordem histórica de validade que se forma em abertura para uma validade transcendente simbolizada pelo justo constitui na experiência romana um direito autônomo expressivo de um saber jurisprudencial e composto por um longo processo de densificação prudencial de critérios normativos em que aquele saber se revela e por meio dos quais se transmite. E como aquela ordem jurídica histórica e a ordem de validade simbolizada pelo *iustum* se comunicam numa articulação sempre imperfeita e incompleta, jamais o direito romano se imobiliza num fechado sistema de regras, como se a tensão entre o que é justo e o que o direito romano prescreve em cada passo da sua história pudesse vir definitivamente superada. O que temos então é um direito sempre em formação mas em contínuo vínculo com o passado, compondo um repositório ou depósito de opiniões e pareceres, regras, dados normativos, definições e conceitos, esquemas negociais e fórmulas processuais que vão se acumulando e são constantemente manipulados e postos à prova pela razão jurídica

na busca sempre precária mas também firmemente orientada de uma solução justa para os casos que vão sendo continuamente submetidos aos juristas⁵⁶⁵. A tensão que assim reiteradamente aparece entre um *corpus iuris* resultante da experiência anterior e as demandas que os casos novos apresentam é o problema específico do jurista, e do seu esforço para mediar aquele *corpus* e a exigência renovada caso a caso de uma solução circunstancialmente justa emerge uma ordem de validade normativa de superfície fluida cujo movimento nunca cessa⁵⁶⁶. Os juristas são os custodes de um tal direito, e a sua *autoridade* é reconhecida em razão do saber que faz deles os “arquivos vivos do direito”⁵⁶⁷, com a importante ressalva de que este *ius* custodeado pelos juristas incorpora um saber que transcende o saber e excede o contributo de cada um deles, superando ademais a capacidade de qualquer legislador⁵⁶⁸, além de não poder ser reduzido a nenhuma das suas específicas manifestações, vez que forma uma ordem de validade perante a qual todos os potencialmente novos critérios jurídicos vão sendo judicativamente testados e na qual vão sendo assimilados ou introduzidos quando e conforme enriqueçam aquele acervo normativo, e não por conta da origem que apresentem – um *ius* que portanto não tem fonte no sentido moderno do termo, a saber, um lugar de onde o que quer que proceda será só por isso direito.

E este é um direito rigorosamente autônomo, quanto ao seu modo de formação e quanto à sua intencionalidade, pois é forjado por um saber especificamente jurídico no contexto de uma prática jurisdicional intencionada casuisticamente ao *iustum* concreto, que é o objeto próprio daquele saber e a razão de ser daquela *praxis*. A perspectiva de um tal autônomo *ius* é sempre a da justiça numa perspectiva microscópica, quando não relevam intenções propriamente políticas – com a sua peculiar tendência a ver as coisas e o problema da justiça desde a perspectiva da sociedade como um todo ou do bem comum –, mas, diversamente, o equilíbrio comutativo entre posições individuais⁵⁶⁹. A ordem que forma é como uma

⁵⁶⁵ Neste sentido, Bretone, *Storia del diritto romano*, op. cit., pp. 309-10, onde vemos aliás este *corpus* complexo caracterizado, precisamente, como uma *artificial reason*.

⁵⁶⁶ Schiavone, *Ius...*, op. cit., p. 37.

⁵⁶⁷ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 20.

⁵⁶⁸ Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 119; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 76; Schulz, *Principios del derecho romano*, op. cit., p. 109.

⁵⁶⁹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 12-4, 28 e 29/30.

linguagem que ao longo do tempo se desenvolve lenta e espontaneamente conforme à necessidade e ao aporte criativo de quem se comunica⁵⁷⁰, e não como um conjunto de imperativos que descem sobre os cidadãos desde um *locus* onde se situa um poder político legiferante⁵⁷¹. Um direito ademais que se conserva autônomo porque desenvolve uma racionalidade própria encerrada em uma linguagem técnica capaz de imunizar a atividade jurídica contra o reformismo legislativo e a vontade arbitrária do poder⁵⁷². E um direito enfim que também se mantém à parte da filosofia, pela especificidade do seu objeto – o *iustum* – e pela praticidade da sua intenção⁵⁷³.

O mais notável é que esse autônomo direito só se estabelece na *civitas* romana graças ao saber privado do *iuris peritus* (Pompônio, D. 1, 2, 2, 13)⁵⁷⁴ e ao reconhecimento espontâneo que constitui a sua *auctoritas*⁵⁷⁵, mas apesar desta peculiaridade aquele *ius* forma o “*logos* da república”, dando substância normativa à ordem comunitária da civilização mais pujante da história ocidental e constituindo a trama do seu tecido social e o seu mais relevante vínculo comunitário⁵⁷⁶. Paradoxalmente, isto só começa a se reverter com a tendência à apropriação político-estatal do direito. O primeiro passo dado neste sentido foi a criação por Augusto do *ius respondendi ex auctoritate principis*, e a captura da *iurisprudencia* que a partir daí foi lentamente se consolidando culmina afinal na sua decadência até a completa paralisia do desenvolvimento jurídico que ao longo de séculos vinha progredindo sob a custódia dos juristas⁵⁷⁷. Mas só com a modernidade assistiremos à consolidação de um universo de concepções radicalmente incompatíveis com aquela *praxis* autenticamente jurisprudencial que viabilizou a emergência e a afirmação histórica de um *ius* autônomo. Antes disso, ainda veríamos florescer no

⁵⁷⁰ Encontramos essa analogia em Kunkel (*Historia del derecho romano*, op. cit., p. 119) e Lombardi (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 76).

⁵⁷¹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 12/3.

⁵⁷² Schiavone, *Ius...*, op. cit., pp. 37/8 e 163; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 35.

⁵⁷³ Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, op. cit., pp. 178/9; Kunkel, *Historia del derecho romano*, op. cit., p. 109; Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 287/8.

⁵⁷⁴ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 05 e ss. e 21.

⁵⁷⁵ Segundo Santos Justo, na época republicana a *auctoritas* do jurista é “inequivocamente expressa na consideração dos *iuris periti* como *principes civitatis* e da sua casa como *oraculum civitatis*” (*Direito Privado Romano...*, op. cit., p. 87).

⁵⁷⁶ Por referência ao *De republica*, de Cícero, Schiavone, *Ius...*, op. cit., pp. 107-10 e 116.

⁵⁷⁷ V. a respeito Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, pp. 191 e ss. e 246 e ss.

medieval uma compreensão da juridicidade e da *praxis* jurídica afim à romana, pois a experiência que dará lugar ao desenvolvimento do *ius commune* também repousa na pressuposição de que o direito é uma ordem não-estatal de validade que vai incorporando critérios na medida em que são postos judicativamente à prova pela *praxis*, sob a orientação dos juristas e conforme aos contributos da sua *inveniendi*.

3.1.g) A experiência jurídica medieval

Durante o medieval, a jurisprudencialidade do direito é preservada, embora o papel mais proeminente seja agora o da “doutrina”⁵⁷⁸. Os doutores se encarregam da coordenação e organização hierárquica das fontes e dos plurais ordenamentos jurídicos, da formulação de critérios interpretativos com vistas à solução de problemas concretos conforme às várias e concorrentes manifestações da juridicidade, e também é claro do próprio desenvolvimento inventivo daquilo que formará o conteúdo material do *ius commune*. A jurisprudência medieval funciona, portanto, como o elemento integrador capaz de fazer de um complexo de materiais jurídicos heterogêneos um direito comum aos povos europeus. *Leges*, *rationes* e *auctoritates* concorrem na articulação pelo jurista das suas opiniões, e tudo conflui pelas mãos dos doutos para a formação de um direito que transcende cada uma das suas manifestações, mas também cada um dos protagonistas desta atividade ao mesmo tempo integradora e criativa. Do ponto de vista do direito resultante dessa intervenção jurisprudencial, mesmo os textos jurídicos mais autoritativos, como o próprio *Corpus Iuris*, aparecem ainda como “projetos de direito” que em relevância e sentido terão de ser aquilatados e traduzidos pelos juristas para uma sua adequada integração a um *ius* que supera toda *lex* e que vai escondendo os textos detrás de si na medida em que os incorpora a um todo normativo maior. A unidade deste todo e a relativa certeza que é capaz de proporcionar vão procuradas no conjunto das opiniões dos doutores, com o propósito de verificar com fins práticos onde convergem, e quais devem prevalecer quando divergem.

A incontestável autoridade e a relevância práctico-judicativa que a *communis opinio doctorum* alcançará são os mais relevantes indícios da índole jurisprudencial

⁵⁷⁸ A propósito, v. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., cap. II, pp. 79 e ss. Quanto ao modelo discursivo dos juristas medievais, v. a excelente síntese de A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2ª ed., Portugal, Europa-América, 1998, pp. 110-29.

do *ius commune* e denunciam a prevalência daquela atitude que já vimos presente nas experiências jurídicas romana e inglesa: o jurista trata o direito como um acervo de conhecimentos acumulados e procura neste repositório normativo os critérios necessários à solução dos problemas atuais, pois sabe que o direito vai ao longo do tempo incorporando as aquisições viabilizadas pelo trabalho de gerações de juristas até constituir a expressão de um saber prático que ultrapassa o de qualquer indivíduo. O respeito à *communis opinio* manifestava ao mesmo tempo uma preocupação com a justiça ou veracidade das opiniões juridicamente relevantes – na medida em que o consenso dos doutores vinha compreendido como o mais seguro sinal de verossimilhança naquilo que era incerto – e com a certeza possível no domínio daquilo que é problemático por excelência – pois na dúvida os juristas práticos seguiam a opinião comum, com o resultado de que a *communis opinio* funcionava como um modo “endojurisprudencial”⁵⁷⁹ de estabilização de normas gerais, para o enfrentamento da relativa insegurança inerente a toda experiência jurisprudencial. Esses dois pólos da justiça e da certeza dialogam e se equilibram portanto pela mediação dos próprios juristas, e conforme aos critérios jurisprudenciais que indicam quando a *communis opinio* deve prevalecer e quando deve ceder, para que o acervo de conhecimentos jurídicos se mantenha aderente aos problemas e vá se enriquecendo num contínuo crescer que preserva as aquisições proporcionadas pela experiência anterior. E se assim vão decerto se formando regras, a perspectiva é ainda a dos juristas romanos: a prioridade é do problema, de maneira que as regras são inferências obtidas a partir das soluções que a praxis vai consagrando, e não critérios estabilizados num sistema a partir do qual as soluções possam ser obtidas dedutivamente⁵⁸⁰.

Vemos assim que no medievo o direito é ainda, em suma, “coisa de juristas”⁵⁸¹. Mesmo quando se busca aquela precária certeza que apenas o respeito a normas gerais pode proporcionar, é na opinião dos juristas e conforme aos seus próprios critérios de relevância que toda atenção vai centrada. E assim se preserva novamente um direito autônomo de índole jurisprudencial e não político-estatal. Um

⁵⁷⁹ Segundo Lombardi, a *communis opinio*, vista do ponto de vista do direito, aparece como um “fenômeno legalístico endojurisprudencial”, ou seja, como o esforço de um ordenamento jurisprudencial para dar-se a própria “lei” (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 184).

⁵⁸⁰ Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op. cit., p. 122.

⁵⁸¹ Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 111.

direito que não é *posto* por alguém mas *vai sendo* forjado pelos juristas na procura de soluções para os problemas jurídicos; cuja juridicidade não vai extraída da sua origem mas do seu conteúdo material; que incorpora mais um acervo de saberes práticos adquiridos do que um sistema de imperativos voltados a assegurar a obediência. Esse direito convive com um poder político despojado de toda vocação totalizante⁵⁸² que assim deixa fora do seu alcance potestativo todo um amplo espaço para a emergência de uma normatividade proveniente de baixo na articulação mediada e orientada pelos juristas das relações entre particulares. Mas o direito que assim vai se formando espontaneamente não é apenas o conteúdo de um espaço normativo residual. Como tivemos já a oportunidade de salientar, no medievo o poder político se vê juridicamente subordinado a uma juridicidade não-estatal, e esta é a mais proeminente característica da “constituição” medieval. O seu material substrato é composto em larga medida por um *ius non scriptum* que encerra valores e costumes indisponíveis e subordina a autoridade política. Um príncipe digno do ofício será neste contexto de ideias não um legislador onipotente, mas um fiel custode do justo e do equitativo conforme àquele *ius*, e mesmo a sua *lex scripta* não poderá vir à existência senão para especificar as exigências de um antecedente *ius non scriptum* ou para reforçar com a autoridade política a sua intrínseca carga normativa. Na sintética formulação de Paolo Grossi, podemos então, quanto ao medievo, dizer que “antes existia o direito; o poder político vem depois”⁵⁸³. Aquele é, portanto, um direito autônomo que, ao vir no medievo tardio apropriado e desenvolvido pelos “doutores”, em permanente contato com a *praxis*, configurar-se-á como um autêntico “diritto senza Stato” de uma inteira comunidade de juristas que não conhece fronteiras⁵⁸⁴. Esses juristas não são porém o equivalente medieval do legislador moderno, pois o direito que se mantém sob os seus cuidados não é uma arbitrária ou voluntarística criação sua, mas, diversamente, um *ius* involucrado na ordem das coisas que tem por isso de ser nelas descoberto e pelos prudentes traduzido em termos que lhe confirmam inteligibilidade e operacionalidade prática. Se a época do *ius commune* tem as suas distintivas peculiaridades, não é menos

⁵⁸² O que segue deve-se especialmente à sintética caracterização da ordem jurídica medieval por Paolo Grossi em *L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 06 e ss., e *Mitologias jurídicas da modernidade*, tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis, Boiteux, 2004, pp. 28 e ss.

⁵⁸³ Grossi, *Mitologias jurídicas da modernidade*, op. cit., p. 31.

⁵⁸⁴ Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 52/3. A propósito da correlativa extraestatalidade da jurisdição, v. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo milenio*, op. cit., pp. 28 e ss.

verdade que, no essencial, prolonga a experiência jurídica romana. Tudo a sugerir que estamos no tempo já perto, mas, quanto às ideias, longe ainda da modernidade.

3.2. O iluminismo (anti)jurídico

Queremos agora salientar algo que já notamos, seguindo a sempre precisa caracterização das coisas que invariavelmente encontramos no *corpus* jusfilosófico de A. Castanheira Neves. Referimo-nos à compreensão pré-moderna da lei. Até o séc. XVI, as leis foram “predominantemente pensadas como elementos normativos de uma intenção e de uma ordem materiais que as transcendiam, que elas seriam chamadas a determinar ou a concretizar e em que se fundariam”⁵⁸⁵. A lei não era ademais a única manifestação daquela validade transcendente, porquanto uma tal ordem material admitia outros modos de normativa determinação e prática concretização. Tudo, porém, se altera com a modernidade, pois aí a lei já não virá integrada a uma ordem normativa superior ou mais compreensiva, e passa a ser o exclusivo modo de constituição de toda normatividade material. Além da lei, o único dado normativamente relevante será um composto de direitos, em conformidade ao sentido agora conferido por Hobbes ao termo *ius*. E a preservação de um direito como aquele que encontramos nas experiências romana e inglesa é algo que pura e simplesmente já não se pode admitir, dados os pressupostos político-filosóficos modernos. Já os conhecemos, razão pela qual podemos agora nos restringir a apontar sinteticamente como colidem com qualquer compreensão da juridicidade análoga às dos *common lawyers* e dos juristas romanos e medievais.

3.2.a) *Auctoritas, non veritas facit legem*

As experiências jurídicas romana e medieval, incluindo a do *common law*, são baseadas na suposição de que o direito vai sendo descoberto, no enfrentamento de problemas, por sujeitos dotados de uma particular competência intelectual. Nesse contexto, a *auctoritas* do jurista é apenas um indício da confiabilidade do seu juízo, e não o poder investido em alguém para criar direito. Se o direito vai procurado nas formulações dos juristas, é por conta da suposição de que provavelmente encerram uma forma muito particular de verdade, e não porque expressam a

⁵⁸⁵ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 496.

vontade de alguém que chama os demais à obediência. Na modernidade, a *auctoritas* será diversamente o poder de quem manda, e não a confiabilidade de quem sabe. Quando, portanto, Hobbes afirma que é a autoridade e não a verdade que “faz a lei”, o que se tem é uma formulação dirigida polemicamente contra a *auctoritas* sapiencial dos juristas, em favor de uma diversa autoridade baseada não no saber, mas na pura legitimidade política. A questão já não é quem sabe, mas quem manda, porque o direito não é mais compreendido como algo que a razão descobre, e sim como algo que a vontade cria e prescritivamente impõe.

Essa radical mudança de perspectiva se deve fundamentalmente à rejeição da antiga ideia de que a ordem política está sujeita a exigências normativas indisponíveis e de que, conseqüentemente, a autoridade depende de uma particular sensibilidade, habitualmente traduzida na linguagem das virtudes, àquelas normativas exigências. De um ponto de vista tipicamente antigo que o medievo saberá preservar, o que credencia para governar é a prudência, uma virtude do intelecto prático que não se encontra senão em quem a excelência moral se faz igualmente presente. É por isso que as *responsa* dos juristas tinham o seu valor normativo espontaneamente reconhecido sem que para isso precisassem vir sequer respaldadas pelo poder político. As opiniões dos juristas de fato governavam a *praxis* mesmo quando não tinham nenhuma *potestas* em que se apoiar. Ocorre que essa peculiar *auctoritas* derivada de um saber reconhecido apenas em homens excelentes é algo que repugna à mentalidade moderna, e muito particularmente ao pensamento iluminista, por sua radical adesão ideológica aos postulados da igualdade natural e da liberdade como autonomia⁵⁸⁶.

Em Hobbes, o motivo da desconfiança relativamente à pretensão do saber a governar é a incerteza e os conflitos e perturbações que o desacordo provoca. O *Leviathan* consubstancia, como vimos, uma paradigmática tentativa de instaurar um poder e legitimá-lo sem nenhuma referência a algum saber ou a qualquer virtude. Rousseau prossegue nesta mesma direção, mas a sua tentativa é qualificada pela preocupação em instaurar um tal poder sem exigir dos indivíduos uma renúncia à

⁵⁸⁶ A aversão de Hobbes a um direito expressivo de uma racionalidade privada é, com efeito, característica de toda ilustração, pois o postulado da igualdade não permite que ninguém ostente uma superior racionalidade (Francisco Carpintero, “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural”, *Persona y Derecho* 13 [1985], pp. 97/8).

própria liberdade. Se em Hobbes o poder é legitimado por sua intrínseca capacidade de substituir a *recta ratio* na individuação do justo e do injusto, em Rousseau o mesmo resultado é alcançado com o emprego de artifícios que alegadamente preservam a liberdade do indivíduo sob um poder comum. É claro que esta última solução teria muito mais condições de cair no gosto dos intelectuais e revolucionários iluministas, mas no essencial ela traduz e preserva em termos supostamente democráticos o decisivo pressuposto hobbesiano de que toda normatividade político e juridicamente relevante é constituída pela autoridade política em razão da sua legitimidade, com uma única exigência adicional, que é a de que aquela constituição se faça por meio de uma lei geral não só na origem mas também na impositação, de modo que dela se possa dizer que é *de todos e para todos*. Observada esta exigência, tudo o que a lei prescrever será justo, e nenhuma sujeição será legitimamente demandada senão por obediência àquela lei, porquanto um dever de obediência restrito ao que a lei dispuser equivalerá a obedecer somente a si mesmo, e é nisso que consiste a liberdade.

Se há, portanto, algum direito, é a lei de uma instância política legítima que o constitui. O direito já não deverá ser procurado nas *responsa* dos juriconsultos, nas razões de decidir dos juízes, ou na opinião jurídica dos “doutores”, porque só faz sentido buscar aí os critérios relevantes para a *praxis* na pressuposição de que tais manifestações da *iurisprudencia* incorporam um saber ou o particular saber de uma verdade prática dotada de valor normativo independentemente do poder. Essa pressuposição é, contudo, rejeitada em favor da afirmação da autonomia humana e do monopólio da constituição da juridicidade por uma instância política representativa. A partir daí, é a *auctoritas* de um poder político-legislativo legítimo, e não a *veritas* das formulações jurisprudenciais dos juristas, que constitui o direito.

3.2.b) *Principatus politicus ex solo populi consensu*

Vimos que os juristas romanos e medievais eram os custodes de um direito autônomo. Se tinham alguma representatividade, era uma representatividade sapiencial. Pode-se talvez dizer, com efeito, que os juriconsultos romanos, os *common lawyers* e os “doutores” medievais representavam o *direito* porque e na medida em que o *conheciam*. Mas é certo que não representavam o povo, no

sentido moderno do termo, pois não falavam por ele nem por seu consentimento, e por isso careciam, como ainda não se cansou de repetir, de legitimidade política. Se então a representatividade, nesse particular sentido, passa a ser uma condição para criar e impor um direito que já não é descoberto, as formulações dos juristas perdem toda a carga normativa que antes conservavam.

O soberano moderno tem o monopólio da legislação, e a legislação o monopólio da produção do direito. A soberania é o atributo de uma autoridade política instituída pelos súditos ou representativa do corpo inteiro dos cidadãos. Em Hobbes, o soberano é o detentor do poder político por ter sido instituído pelos súditos. Nada integra o *corpus* normativo da república sem que seja pela vontade expressa ou tácita do soberano, e portanto toda normatividade depende e deriva daquela vontade. Os juristas e juízes têm lá as suas opiniões, mas não passam de opiniões privadas sem nenhuma relevância normativa. Para que integrem o acervo normativo da comunidade política, precisam passar pela chancela do soberano. Os costumes – ou precedentes, “como barbaramente os chamam os juristas”⁵⁸⁷ – só têm valor normativo se, silenciando, o soberano expressa a vontade de que sejam observados. Da mesma forma, a sentença do juiz só é justa e vale se é o soberano quem julga pela boca do juiz; do contrário, a sentença é do juiz e será, por definição, injusta. Os intérpretes da lei só podem ser, por sua vez, aqueles a quem o soberano designa, pois do contrário a lei adquirirá um sentido contrário à vontade do soberano, sendo embora esta a lei, e não a vontade do intérprete. Afinal, o legislador é unicamente o soberano e este é a única pessoa a quem se deve obediência⁵⁸⁸.

Em Rousseau, o soberano detém o poder legislativo e não age senão por meio de leis gerais, no duplo sentido que antes apontamos. Não vemos no *Contrat social* uma direta consideração do papel dos juristas e dos juízes⁵⁸⁹, mas fica certamente desde logo excluída a possibilidade de atribuir coerentemente algum valor normativo autônomo aos seus pareceres e decisões, uma vez que apenas a lei geral contém a vontade geral, e é apenas por obediência a esta lei que a liberdade dos cidadãos vai preservada, já que ser livre é obedecer exclusivamente à lei que

⁵⁸⁷ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XI.

⁵⁸⁸ Hobbes, *Leviathan*, op. cit., cap. XXVI.

⁵⁸⁹ A propósito das poucas pistas deixadas por Rousseau acerca da sua compreensão do papel dos juízes, v. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966, pp. 42/3.

alguém dá a si mesmo, conforme à sua vontade. Se alguém for julgado não em observância à lei geral, mas conforme aos critérios dos juristas e juízes, resultando daí alguma obrigação ou impedimento, toda a construção de Rousseau ver-se-á arruinada. Daí que um dos objetivos mais persistentemente afirmados pelo ideário moderno-iluminista é o de criar um sistema jurídico à prova de juízes⁵⁹⁰. A lei deve ademais substituir inteiramente a relevância normativa da experiência e da prudência dos juristas, pois estes são agora vistos como portadores de interesses particulares⁵⁹¹, contra uma lei que incorpora a vontade geral e representa legitimamente toda a nação. A *opinio doctorum* que no medievo custodiava um direito jurisprudencial que transbordava as fronteiras não passará doravante da expressão de opiniões privadas inteiramente desprovidas de relevo no confronto com as prescrições do poder político legitimado pelo contrato social. O estado moderno só reconhecerá valor normativo às próprias imposições, pois, dados os pressupostos sobre os quais foi construído, não deixa a ninguém mais nenhuma legitimidade, e assim o direito terá de deixar de ser um *Juristenrecht*⁵⁹².

3.2.c) *Volenti non fit iniuria*

Um direito de índole jurisprudencial como o da tradição romanista se apóia sempre no pressuposto de que a juridicidade transcende a lei, dentre outros motivos porque a lei pode ser injusta ou implicar injustiças se a sua aplicação não for moderada ou restringida conforme às particulares exigências dos casos. É por referência ao próprio direito que em tais hipóteses a aplicabilidade da lei será afastada, moderada ou restringida, e o jurista ou juiz não precisa para isso vir investido da autoridade de um legislador soberano. Quando, porém, a lei passa a ser considerada justa por definição, um direito localizado mais além da lei, por referência ao qual esta possa ser apreciada em sua validade, e casuisticamente moderada ou

⁵⁹⁰ E é esta a razão da ênfase moderna no ideal da certeza do direito: “Although the ideal of certainty has been used for a variety of purposes, its most important application is a reflection of the distrust of judges. Judges are prohibited from making law in the interest of certainty. Legislation should be clear, complete, and coherent in the interest of certainty. The process of interpretation and application of the law should be as automatic as possible, again in the interest of certainty. In this sense the emphasis on certainty is an expression of a desire to make the law judge-proof” (John Henry Merryman, *The civil law tradition*, 2ª ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 48).

⁵⁹¹ Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 371/2.

⁵⁹² Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, op. cit., pp. 442-4.

restringida em sua aplicabilidade, se torna uma realidade impensável. No máximo poder-se-ia admitir aí um direito não-legal residual, inteiramente subordinado à lei e normativamente relevante apenas quando a lei silenciasse.

É essa primazia incontestável da lei que vemos afirmada pelo pensamento moderno-iluminista, com a peculiaridade de que a lei emanada da autoridade legítima pela forma apropriada não pode ser injusta. Isto vai afirmado por Hobbes e por Rousseau, como vimos, pois em cada uma das suas paradigmáticas construções a lei é uma expressão da vontade dos seus destinatários, e não pode ser, portanto, injusta, uma vez que ninguém pode ser injusto consigo mesmo. A lei vai assim protegida por uma blindagem inexpugnável: não é que a lei proveniente da autoridade politicamente legítima não seja injusta; ela nem mesmo poderia ser injusta, devido à sua origem, independentemente do conteúdo das suas prescrições. A legitimidade é não somente uma condição necessária da validade, mas a sua única e suficiente condição: da legitimidade do legislador a validade da lei decorre *ipso facto*. Somado às consequências dos demais pressupostos que informam o pensamento político moderno, é evidente que este seu resultado teria de levar à redução do direito à lei: se a vontade geral encarnada na lei não pode ser injusta, a justiça está na própria lei, e um direito que sempre referiu ao justo para preservar a sua autonomia terá então de se confundir com a lei.

Do ponto de vista dos juristas, a lei fica assim imunizada contra qualquer espécie de objeção jurídica, pois não resta direito ao qual referir senão aquele que a própria lei institui. Até então, toda *auctoritas* de que os argumentos jurídicos se revestiam derivava da sua referência a um direito que os juristas não pretendiam criar por imposição da sua vontade mas que também não estava inteiramente à disposição de um legislador soberano, vez que antecedia temporal e normativamente toda intervenção legislativa. Mas se já não há nenhum direito não-legal no contexto do qual se insere a lei como uma sua dimensão não exauriente, como ver a partir daí, na atividade dos juristas ou na jurisdição, um privilegiado ou mesmo particular *locus* de emergência da juridicidade, e na sua *praxis* consultiva ou judicativa um modo de apropriação da juridicidade pela comunidade política? É evidente que isso tudo fica excluído já por força dos pressupostos político-filosóficos do pensamento jurídico moderno. Poderíamos então encerrar aqui esta nossa

apreciação da incompatibilidade entre aqueles pressupostos e um direito jurisprudencial autônomo como aquele que vemos entranhado na tradição jurídica ocidental até o advento da modernidade. Convém, não obstante, dedicarmos ainda algumas linhas à apreciação da legalidade moderno-iluminista, pois assim veremos como, além de assentar em pressupostos irreconciliáveis com a tradição romanista, o iluminismo “jurídico” é na verdade composto por um universo de ideias em que o direito não apenas aparece desfigurado mas, a rigor, nem sequer aparece.

3.2.d) O *ius* moderno e a legalidade moderno-iluminista

Vimos como no *Leviathan* o *ius* fora apropriado para designar com exclusividade a pré-política liberdade natural do indivíduo. É este o sentido do direito natural moderno, e como se vê não se trata de um significado novo para o fenômeno que antes o termo *ius* designava, mas antes de um significado que faz o termo referir a um fenômeno diverso e de índole completamente diferente (por isso falamos em “apropriação” do termo, e não em simples variação de significado). Esse *ius*-liberdade é consequência da exaltação das capacidades da razão humana, uma atitude tipicamente iluminista sempre visível na exortação a que o homem se liberte de tudo o que sabe por herança e tradição e recomeça tudo de novo, empregando a própria “razão natural”⁵⁹³. Ao projetarmos essa nossa supervalorizada capacidade racional no campo da política, teremos de nos imaginar como se vivêssemos num estado pré-político sem governo e sem vínculos normativos, para de uma cogitação acerca desse natural estado podermos inferir sem prejuízos a melhor maneira de instituir um governo e os vínculos que a vida comum requer. O *ius* será então um

⁵⁹³ É esta a pneumopatologia do homem moderno, fechado em si mesmo e exageradamente confiante nas suas próprias capacidades intelectuais. Um tal homem rejeita o aporte da experiência e tende a fechar a realidade num sistema projetado por ele mesmo, como no exemplo cartesiano das leis de Esparta, supostamente boas por terem sido inventados por um só homem e tenderem todas para um único fim; rejeita igualmente o valor do acervo de saberes que os demais foram capazes de acumular, pois julga ser mais seguro confiar nos “simples raciocínios que naturalmente pode fazer um homem de bom senso” do que nas não demonstradas opiniões avolumadas pouco a pouco nos livros; considera então que o melhor é despojar-se de uma só vez de todas as opiniões que alguma vez conheceu, para substituí-las inteiramente por outras quando as tiver ajustado “ao nível da razão” (referimo-nos evidentemente a Descartes, citado conforme à edição de Étienne Gilson, na versão portuguesa do *Discurso do método*, traduzido por João Gama, Lisboa, Edições 70, 2003, pp. 51/2). É de Gilson o esclarecimento da tese cartesiana, quando a sintetiza esclarecendo que “o mais simples para a razão é recomeçar tudo de novo” (Descartes, *Discurso do método*, op. cit., pp. 51/2, n. 26). Kant identificou claramente, portanto, o sentido do iluminismo (*Aufklärung*) quando, por recurso a Horácio, asseverou que a sua palavra de ordem é: “*Sapere aude!* Tenha a coragem de servir-se da própria inteligência!” (*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* [consultamos a tradução italiana de Filippo Gonnelli, em Immanuel Kant, *Scritti di storia, politica e diritto*, Bari, Laterza, 1995, p. 45]).

atributo desse homem pré-político encarregado do próprio governo e liberto de toda obrigação. A novidade dessa formulação é tão flagrante que parece-nos desnecessário justificar a afirmação de que um tal *ius* já não designa o fenômeno que antes o mesmo termo designava. Um *ius* conforme ao sentido anterior terá de ser agora constituído por um sujeito pré-político dotado de um novo *ius* que significa precisamente a ausência de sujeição a qualquer normatividade impeditiva da sua liberdade. Direito aqui é o mesmo que *right*, direito subjetivo⁵⁹⁴. Ocorre que ao lado deste novo *ius*, tudo o que a modernidade conhece é a *lex*. Preservando ou não o *ius*-liberdade dos cidadãos, o contrato social só os sujeita à lei proveniente da instância política legítima e expressiva da sua soberana vontade legisladora. Hobbes recomenda a renúncia à liberdade, enquanto Rousseau quer preservá-la. Com a renúncia prescrita pelo *Leviathan*, o súdito fica inteiramente sujeito à lei, e não resta nenhuma normatividade política ou juridicamente relevante para além daquela que a lei institui⁵⁹⁵. Já na articulação rousseaiana, a sujeição exclusivamente à lei é a chave para a preservação da liberdade sob um poder comum. Em nenhum dos casos subsiste alguma normatividade diversa da lei que possa ser chamada *ius*.

Essas duas categorias, *ius*-liberdade e *lex* política, são então as únicas que importam para a caracterização do pensamento jurídico moderno-iluminista, pois não subsiste nenhum outro *ius* que possa entrar na articulação desse pensamento. Os homens têm, com efeito, certos direitos inatos que formam um complexo de liberdades. Para restituir ao homem essas suas liberdades, é necessário confiar a um legislador iluminado a substituição, ao estilo metodológico cartesiano, de todo o direito então vigente⁵⁹⁶. Só a lei poderia limitar legitimamente aquelas liberdades, e, para que os seus contornos ficassem firmemente delineados, as disposições legais teriam de ser impessoais, gerais e abstratas, e vir redigidas em termos claros e

⁵⁹⁴ “The modern theory of natural law was not, properly speaking, a theory of law at all. It was a theory of rights” (d’Entreves, *Natural law*, op. cit., p. 61). Segundo Carpintero, nunca antes desta apropriação jusracionalista do *ius*, para designar a liberdade natural de um indivíduo que constituirá o direito como uma projeção da sua liberdade ou arbítrio, se formulou uma oposição mais radical à filosofia prática aristotélica e à jurisprudência romana (*Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 32-43 e 49).

⁵⁹⁵ Conforme à influente versão do jusracionalismo de Pufendorf, só de fato por meio dos comandos legais da autoridade política as liberdades naturais se transfiguram em autênticos direitos (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Mulino, 1976, pp. 107/8; Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, op. cit., pp. 403/4).

⁵⁹⁶ Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 298 e ss.; Grossi, *L’Europa del diritto*, op. cit., pp. 104 e ss.;

precisos, com a vantagem de que assim os cidadãos não ficariam mais sujeitos ao arbítrio dos intérpretes e todos saberiam de antemão até onde poderiam ir sem o receio de serem perturbados pelos demais e pelas próprias autoridades, de maneira que qualquer intervenção em sua liberdade como resposta à extrapolação daqueles limites poderia ser imputada à própria vontade e, portanto, à própria autonomia, não caracterizando, conseqüentemente, uma autêntica supressão da liberdade. O que se quer assim é uma lei “racional” num sentido muito específico e inteiramente novo (impessoal, geral e abstrata, clara e precisa), a fim de substituir-se completamente o incerto direito anterior por uma legalidade resistente às manipulações dos juristas e capaz de submeter todos à soberania impessoal da lei⁵⁹⁷. A liberdade, afirma Voltaire, consiste em não depender senão de tais leis⁵⁹⁸. Esse novo “direito” teria de vir ainda protegido contra a usurpação disfarçada na forma da interpretação⁵⁹⁹.

A tendência moderna para a codificação do direito encontra aí o seu substrato ideológico, e é fundamentalmente sobre este movimento em direção à estabilização legal de um sistema jurídico racional completo que incide a influência do jusracionalismo axiomático⁶⁰⁰. O código é afinal a expressão de uma lei que tudo prevê e regula, atualizando um direito racional construído *more geometrico* que, no entanto, é direito só potencialmente até que a autoridade legislativa faça dele o conteúdo da sua vontade⁶⁰¹. Por trás da aspiração moderna a uma completa codificação do direito encontramos, portanto, a crença na possibilidade de um direito racional novo e conforme às mais elementares exigências da natureza humana⁶⁰²,

⁵⁹⁷ Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 14/5, 24/5 e 91 e ss. É exemplar, quanto a isso, o programa de Beccaria para a legislação e a jurisdição (*Dos delitos e das penas*, op. cit., caps. III-V).

⁵⁹⁸ A propósito do iluminismo jurídico de Voltaire, v. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 298 e ss., e Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 34 e ss.

⁵⁹⁹ Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., p. 317; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 16 e 43/4.

⁶⁰⁰ É de fato na radical tendência para o sistema e a “geometrização” do direito, para a qual contribuíram decisivamente a escola peninsular do direito natural (Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op. cit., pp. 144-6) e depois paradigmaticamente o jusracionalismo axiomático de Leibniz e Christian Wolff, que as condições de possibilidade da codificação ficaram estabelecidas (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 133-50; Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, op. cit., pp. 415-21; Wieacker, *História do direito privado moderno*, op. cit., pp. 347-53 e 362/3).

⁶⁰¹ Para uma caracterização desta vertente do jusracionalismo moderno e da sua superação com a codificação, v., por todos, Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 529 e ss.

⁶⁰² Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 65. A propósito da codificação

mesmo que se trate já de um direito meramente ideal sem valor normativo autônomo. Ocorre que com a codificação esse projeto iluminista para a realização político-legislativa de um direito racional se consuma e, nesta consumação, se supera. O que permanece e como que se potencia é a idolatria da lei, viabilizada principalmente pela apropriação revolucionária da teoria da vontade geral.

Os revolucionários franceses querem realmente ver o direito anterior substituído por leis “racionais” capazes de garantir a liberdade e os direitos do homem, na expectativa de que assim poderiam estabilizar-se legalmente as exigências da razão conforme à natureza⁶⁰³. Mas a tendência do primeiro iluminismo a confiar o novo direito legal a um monarca iluminado não atende suficientemente à necessidade de instituir garantias eficazes contra o despotismo, além de concorrer com um ideário que se orienta sempre mais para a democracia. O despotismo é, com efeito, compreendido pelo pensamento iluminista como sujeição à vontade alheia⁶⁰⁴, de modo que a liberdade não poderia realizar-se plenamente por meio de uma reforma legislativa dependente das luzes de um monarca progressista. A revolução precisava de Rousseau, pois foi o genebrino quem solucionou o problema do despotismo. O seu grande trunfo foi ter posto o povo no lugar do monarca esclarecido do absolutismo iluminado⁶⁰⁵, pois assim conseguiu conciliar o ideário iluminista e a vocação democrática da época. Com a teoria da vontade geral, a lei passa a ostentar uma racionalidade intrínseca que não encontra equivalente na lei do absolutismo iluminado. Mas uma tal lei geral no sentido rousseauiano é também, além de garantia de racionalidade, garantia de liberdade. Expressão verdadeira da vontade geral, esta lei é racional por definição e a garantia por excelência contra todo e qualquer despotismo. Muda então o *status* do legislador, que agora se vê finalmente legitimado por uma teoria que confere à sua lei uma primazia incontrastável e a qualidade divina de não poder errar⁶⁰⁶.

moderna como o artifício para a instituição de uma ordem nova, v. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, op. cit., pp. 365-7 e 379-86.

⁶⁰³ Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 223/4; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 99 e ss.

⁶⁰⁴ É esta a definição de Condorcet, em linha de concordância com Rousseau (Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., p. 22).

⁶⁰⁵ Hannah Arendt, *Sobre a revolução*, tradução de I. Moraes, Lisboa, Relógio D'Água, 2001, pp. 93/4; Carl Schmitt, *Political theology...*, op. cit., p. 48

⁶⁰⁶ A bem da verdade, essa divinização do legislador político, que é o mesmo que o reconhecimento da sua soberania no sentido moderno, e a redução de toda juridicidade à sua lei, acaba por decorrer

Com o aporte teórico de Rousseau, a legalidade realizará em si mesma todo o complexo dos ideais revolucionários, e disso decorre a “legolatria”⁶⁰⁷ característica da época. Isso teve, porém, um efeito colateral. Os revolucionários queriam pela lei a garantia da liberdade e dos direitos do homem, mas, com a incorporação ideológica da teoria da vontade geral, o que a modernidade legou para a civilização ocidental foi uma ingênua mas persistente confiança de que a lei democrática é sempre válida e a garantia por excelência da liberdade. Rousseau teve parte nisso na medida em que na sua construção a racionalidade da lei deixou de ser um atributo do seu conteúdo normativo material. Pode-se inclusive dizer, da concepção de Rousseau, que é a legalidade da vontade geral que confere a esta a sua racionalidade (“o direito como lei, e na lei, é a vontade normativa racional”⁶⁰⁸). A racionalidade da lei diz respeito, portanto, ao seu ser lei, e aparentemente independe do conteúdo que a vontade legislativa imprime à lei. Mas, de todo modo, não é lei o que quer que uma autoridade qualquer imponha, por maior que seja a sua legitimidade, pois a lei tem de ser geral no duplo sentido rousseauiano e, seja qual for a solução para o enigma resultante da contraposição *volonté générale* - *volonté de tous*, é certo que a vinculação da lei à primeira traduz alguma intenção material que se quer ver com a lei realizada e que provavelmente não se realiza independentemente do seu conteúdo, embora este conteúdo não possa ser especificado no plano teórico como expressão de uma normatividade transcendente⁶⁰⁹. Contudo, talvez devido aos paradoxos mesmos ou à porção obscura do pensamento de Rousseau, o que dele restou foi uma vulgarizada e, diríamos, hobbesiana versão da teoria da vontade

logicamente da vinculação de toda a normatividade à autonomia humana. É o que vimos tentando mostrar e o que nos confirma Castanheira Neves: “Se não há direito que não seja autonomamente constituído, pela vontade contratualmente instituída (a «vontade geral»), se não há direito que não seja referido ao poder soberano que essa vontade geral politicamente assume; também o poder soberano dessa vontade só pode actuar do modo em que a geralmente participada autonomia instituinte se reconheça e se reafirme – e esse modo é a lei. Pois só esta, na generalidade que é a sua essência e lhe confere validade, seria a própria objectivação da universal autonomia. Assim, se o direito como lei compete ao poder, o poder soberano é, por sua vez, poder legislativo” (*O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 575/6). O direito é então a lei e a lei o poder (legislativo) porque afinal aquela passagem da transcendência à imanência de que falamos no capítulo anterior colocou a autonomia humana na condição de fundamento último de toda ordem (v. a este propósito Castanheira Neves, *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*. Coimbra/Lisboa, 1997, pp. 15-23).

⁶⁰⁷ Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 112/3.

⁶⁰⁸ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 530.

⁶⁰⁹ Para uma sucinta consideração das alternativas soluções em princípio admissíveis para o “enigma” a que nos referimos, v. Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 550-2.

geral: o povo é o legítimo soberano e exerce a sua soberania legislando, com o que por sua vontade constitui a ordem, sem ver-se sujeito a nenhuma normatividade indisponível.

Kant ainda daria uma acabada configuração à legalidade moderno-iluminista⁶¹⁰, numa teórica superação dos paradoxos rousseauianos, ao ligar a racionalidade da lei à universalidade e ao seu conceito de direito como o conjunto das condições para a coexistência das liberdades externas⁶¹¹. Ocorre que apesar de em Kant aparecer, sob a forma de uma exigência da razão *a priori*, um critério que permitirá porventura discernir a lei verdadeira⁶¹², a versão trivializada da teoria da vontade geral encontrará aí um novo impulso, e não sem que a responsabilidade possa ser imputada ao próprio filósofo. Kant assevera que a sua lei universal da liberdade não oferece garantia de segurança senão quando expressa por uma vontade comum, coletiva e detentora de poder, que obriga a todos⁶¹³. Sabemos que o legislativo será o *locus* desta vontade detentora de poder – o legislador detém de fato o poder soberano (*Herrscher Gewalt/Souverainität*)⁶¹⁴ –, e que a prescrição kantiana é no sentido de que o legislador faça as suas leis *como se* estas precisassem derivar da vontade comum de todo um povo, considerando ademais cada cidadão *como se* tivesse dado o seu consenso para esta vontade⁶¹⁵. Afinal, sustenta igualmente Kant, liberdade é autonomia, possibilidade de fazer as leis para si mesmo⁶¹⁶. Ocorre que a partir daí a lei também terá de ser considerada *como se* derivasse da vontade de cada um, e disto resultará em seu favor o ser irrepreensível (*untadelig*)⁶¹⁷ e uma presunção de absoluta justiça, pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo (*volenti non fit iniuria*). A lei não empírica mas idealmente expressiva

⁶¹⁰ Nesse sentido, v. Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 556 e ss.

⁶¹¹ A propósito do conceito kantiano de direito, podem-se consultar as excelentes sínteses de Otfried Höffe, *Immanuel Kant*, Barcelona, Herder, 1986, pp. 196-203, e Norberto Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, tradução de Alfredo Fait, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 66-75.

⁶¹² Höffe, *Immanuel Kant*, op. cit., p. 201.

⁶¹³ Kant, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, §§ 8 e 44.

⁶¹⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, § 45.

⁶¹⁵ Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, II (consultamos a tradução italiana de Filippo Gonnelli, em Immanuel Kant, *Scritti di storia, politica e diritto*, op. cit., pp. 143/4).

⁶¹⁶ Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, op. cit., pp. 130/1.

⁶¹⁷ Kant, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, § 48

da vontade geral é, com efeito, a única fonte de todo o direito *por ser idealmente expressiva daquela vontade* – dado que o primeiro atributo da cidadania é “a liberdade legal (*gesetzliche Freiheit*) de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram o seu consentimento”⁶¹⁸ –, e pelo mesmo motivo aquela lei é absolutamente infalível na sua justiça⁶¹⁹. É fora de dúvida que para Kant a lei já não é como em Hobbes uma pura *voluntas*, mas uma vontade cuja racionalidade radica na sua universalidade – é “*uma expressão da própria universalidade da Razão*”⁶²⁰. Apesar de tudo, a lei será necessariamente justa porque imposta por uma autoridade representativa do povo, e à suprema autoridade legisladora do Estado (*gesetzgebende Oberhaupt des Staats*) nenhuma oposição legítima será jamais admitida⁶²¹. A preocupação prático-política de Kant parece não ser senão, portanto, a de proteger a sua lei contra toda possibilidade de resistência: “La preoccupazione maggiore di Kant à, infatti, di escludere que, in qualunque modo, possa verificarsi una violazione di ciò che costituisce propriamente legge”⁶²². Temos então, novamente, como em Hobbes, um esforço de legitimação do poder empreendido para superar o problema da validade material das suas leis⁶²³.

Se, portanto, do ponto de vista conceitual ou ideal a legalidade moderno-iluminista será a legalidade de uma lei “racional”, é certo também que a racionalidade virá aí considerada um atributo intrínseco à lei, e a forma de lei o que confere racionalidade à vontade legislativa: “a razão é « legisladora»: só a vontade

⁶¹⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, § 46 (citamos conforme à tradução portuguesa de José Lamego: *A metafísica dos costumes*, Lisboa, Gulbenkian, s/d, p. 179).

⁶¹⁹ “O poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo. Uma vez que dele deve decorrer todo o Direito, não pode ele causar com a sua lei injustiça absolutamente a ninguém. Ora, se alguém toma uma qualquer disposição em relação a outrem, é sempre possível que com isso cometa injustiça em relação a ele, mas nunca naquilo que sobre si mesmo decide (pois que *volenti non fit iniuria*). Daí que só a vontade concordante e unida de todos, na medida em que decide cada um o mesmo sobre todos e todos decidem o mesmo sobre cada um, por conseguinte, só a vontade geral colectiva do povo pode ser legisladora” (Kant, *Metaphysik der Sitten [Rechtslehre]*, § 46, conforme à tradução de José Lamego, cit., p. 179).

⁶²⁰ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, v. 1º, reimpressão da 2ª ed. (1955), Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 264.

⁶²¹ Kant, *Metaphysik der Sitten (Rechtslehre)*, § 49, “A”.

⁶²² Maria Borrello, “La questione della legge nella relazione tra Rousseau e Kant. La legge come etica e l’etica pura kantiana”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2 (2005), p. 249.

⁶²³ Maria Borrello conclui o seu excelente ensaio acerca da legalidade em Rousseau e Kant com uma análoga conclusão: “La problematica di tutto il diciottesimo secolo si svolge dunque lungo il criterio della legittimità, nel tentativo di giungere ad una definizione del concetto di giustizia: solo, infatti, l’esercizio di una forza legittima potrà altresì permettere una qualificazione secondo un principio di giustizia” (“La questione della legge nella relazione tra Rousseau e Kant...”, op. cit., pp. 271/2).

legislativa que se universaliza normativamente segundo a razão é válida e essa racional universalização normativa da vontade é a *lei*⁶²⁴. A lei que o pensamento moderno-iluminista quer é de fato uma lei geral capaz de assegurar a liberdade e os direitos inatos do homem, mas o que afinal resta é uma lei cujo fundamento de validade é a própria legalidade – uma legalidade que “funda-se a si própria”⁶²⁵ – ou, na melhor das hipóteses, a sua democrática legitimidade, em conformidade ao democratismo revolucionário expresso sem pudores por Sieyès: “Qualquer que seja a maneira como uma nação expressa os seus desejos, é suficiente que deseje; todas as formas são boas mas a sua vontade é sempre a lei suprema”⁶²⁶.

Como quer que filosoficamente se configure aquela legalidade moderno-iluminista, o que agora importa para a presente investigação é que a lei política se torna afinal o modo constituinte de toda normatividade e o fator instituinte de toda possível distinção entre o justo e o injusto⁶²⁷. Nesse contexto, só se pode falar de direito no sentido subjetivo do termo, ou de um direito que a rigor direito já não é, senão simplesmente a lei⁶²⁸. De fato, o direito passa a ser *compreendido como* a lei ou uma sua criação, e já não como uma ordem que ultrapassa a lei e na qual esta normativamente se insere: “o direito deixou de ser [compreendido como] uma *ordem* que as leis, em concorrência com outros modos de manifestação normativa, explicitam e tutelam, para ser antes [compreendido como] um *ordenamento* que unicamente as leis constituem e impõem”⁶²⁹. Ocorre que se o direito é uma ordem normativa que ultrapassa a lei, ao pretender reduzir toda a juridicidade à lei ou a um seu produto o pensamento moderno-iluminista não se destaca apenas por uma diferenciada compreensão do direito, mas por uma compreensão da lei que *nega o direito*. E como nos parece que aquela hipótese é verdadeira, o iluminismo constitui

⁶²⁴ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 559/60.

⁶²⁵ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., p. 566.

⁶²⁶ Citado conforme Carl Schmitt, *Political theology...*, op. cit., p. 48.

⁶²⁷ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 565/6. É por isso que se pode afirmar que a tese vitoriosa é não a do jusracionalismo axiomático, mas a do contratualismo de Hobbes, Pufendorf, Rousseau e Kant, segundo a qual o direito natural não lança exigências de conteúdo à legislação mas estabelece apenas as condições de legitimidade ou os requisitos formais da legislação – um direito natural, por isso, apenas “hipotético” (Francisco Carpintero, *Una introducción a la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 51 e ss. e 154).

⁶²⁸ Paolo Grossi chega a afirmar que a Revolução é a completa redução do *droit* a um complexo de *lois* (*L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 112/3 e 133/4).

⁶²⁹ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 572/3.

um movimento de ideias avesso ao direito e empenhado na supressão da sua relevância política – e assim o que vai comumente chamado iluminismo jurídico é na verdade um iluminismo *antijurídico*.

Enfim, por mais que na culminação do pensamento iluminista estejamos já afastados de Hobbes, o que de tudo resulta é uma versão trivializada das construções filosóficas de Rousseau e depois de Kant, na qual emergem, com uma índole agora democrática e sob a capa ideológica da vontade geral, os pressupostos hobbesianos que examinamos no capítulo anterior: o direito é criado por uma instância política cuja legitimidade decorre da sua representatividade e cujas leis são por definição justas, em razão daquela representatividade e da legitimidade que implica. Contra a *auctoritas* dos juristas se levantam todas as vozes, pois mesmo a *interpretatio* é vista agora como um sinal de despotismo – o odioso “despotisme des tribunaux”, de que fala Condorcet. A força criativa da jurisprudência dos tribunais, “la plus détestable de toutes les institutions” (Le Chapelier), deve ser suprimida até que não restem resquícios do “arbítrio judicial”, quando então Robespierre veria realizada a sua aspiração a apagar o termo *jurisprudence* da língua francesa por sua inteira redução à *loi*⁶³⁰. As corporações de juristas merecem ser banidas, para que a sua influência seja neutralizada⁶³¹. E quem quer que se manifeste em nome do direito terá enfim de fazê-lo em estrita conformidade à letra da lei, razão pela qual vão instituídos mecanismos de controle central da judicatura como forma de garantir a uniformidade da aplicação da lei conforme à vontade do seu único intérprete autêntico, que agora é o legislador⁶³². Bem se vê então que a Escola da Exegese, com o seu radical estadualismo legalista simbolizado pela adoração a um legislador onipotente, não é tanto uma distorção do pensamento iluminista, mas como que uma sua consumação: o resultado esperado de um projeto realizado. E tanto é assim que

⁶³⁰ Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 40 e 114.

⁶³¹ Trata-se de proposta defendida por Condorcet (Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., p. 40), mas já presente na tendência centralizadora do absolutismo monárquico, com seu progressivo controle burocrático da jurisdição (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 52 e ss.).

⁶³² É assim que vemos ocuparem um papel essencial no sistema forjado pela Revolução a *cassation* e o *référé législatif* (v. Piero Calamandrei, *Casación civil*, tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, 1959, pp. 13-5; Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 79 e ss.; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 112/3; e o que a propósito escrevemos em “Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica”, *A reforma do Poder Judiciário*, Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado [coord.], São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 251-3).

os historiadores imputam aos juristas da Exegese a recaída radical no positivismo, às vezes sem notar que eram precisamente estes os juristas com os quais os intelectuais e revolucionários modernos sonhavam: juristas domesticados pelo legítimo poder soberano e subordinados ao legislador como a um deus mortal⁶³³.

O projeto que assim os revolucionários queriam ver realizado e que vai viabilizado pela capitulação dos juristas é o de um “Estado de Direito” submetido apenas à própria lei e que na legislação se realiza – um autêntico Estado legislativo (*Gesetzgebungsstaat*) que no emprego da lei e na subordinação das suas instâncias a esta lei se define juridicamente, mas que nesse mesmo emprego já não se vê subordinado a nenhuma ordem normativa superior ou antecedente⁶³⁴, tudo a permitir que a modernidade vá afinal, embora meio a contragosto, caracterizada pela instrumentalização política de um direito-lei⁶³⁵, e pela tendência que assim se afirma a uma estadualização burocrática de toda normatividade e evidentemente também

⁶³³ O que dissemos aplica-se, *v. g.*, a Bobbio, quando caracteriza a Escola da Exegese no contraste com os autores do *Code Napoleon*, para salientar que aqueles ainda concediam que o código deixasse algum espaço para a criatividade dos juízes, enquanto os exegetas queriam uma inteira subordinação à intenção do legislador na pressuposição de que a lei nova trazia soluções para todos os casos, superando assim de uma só vez todo o direito anterior (*O positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 74 e ss.), e mais ainda a Cattaneo, quando sustenta que a Escola da Exegese inaugura uma terceira via, relativamente à tradição e ao iluminismo (*Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 142 e ss.). Se de fato os autores do Código, juristas ligados ainda à tradição do *ius commune*, podiam conservar uma moderada atitude perante as pretensões do legislador, e uma crença tipicamente tradicional na importância e na confiabilidade dos aportes dos juristas, é certo que nisso não representavam a índole tipicamente iluminista que movia a época em direção à codificação do direito. E se os juristas da exegese já não invocavam em seus afazeres uma intencionalidade que estava ainda presente no ideário dos intelectuais e revolucionários iluministas, limitando-se então a operar o novo direito legal como se este instituisse *ex novo* toda normatividade, sem se preocupar com a aderência desta normatividade legal aos ideais subjacentes, cumpriam assim fielmente o programa iluminista para a juridicidade, cujo propósito central era o de subtrair dos juristas e juízes a autoridade que antes tinham para julgar a legislação por referência a um direito mais largo e de estatura superior. Os exegetas são, em suma, os juristas dos sonhos do revolucionário iluminista, e o advento da Escola da Exegese no contexto da codificação não se dá por um golpe de sorte, podendo-se talvez até afirmar que os juristas desta escola são aqueles que vão finalmente reformar o pensamento estritamente jurídico, inclusive na sua dimensão metodológica, conforme ao ideário iluminista. Quando os intérpretes do Código se abstêm de perguntar se a lei é justa ou racional por referência aos propósitos iluministas, nisto cumprem o papel que o iluminismo quer ver assimilado pela classe dos juristas, que é o de uma servil obediência ao único juiz daquelas coisas, ou seja, ao próprio legislador. O iluminismo jurídico dos exegetas é não, portanto, um iluminismo “decapitado”, como sustenta Cattaneo (*Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 149/50), mas simplesmente jurídico e nisto exemplar: a jurídica realização do iluminismo, como o programa autenticamente iluminista de Beccaria para a jurisdição inteiramente confirma, ao sustentar que o justo é que o juiz obedeça à letra um código de leis fixas (*Dos delitos e das penas*, op. cit., cap. IV, p. 70).

⁶³⁴ Para uma caracterização deste tipicamente moderno *Gesetzgebungsstaat*, *v.*, por todos, Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, tradução de Cristina Monereo Atienza, Granada, Comares, 2006, pp. 02 e 16-8, e também a precisa síntese que dele nos dá Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 573/4.

⁶³⁵ Grossi, *Mitologias jurídicas da modernidade*, op. cit., p. 28.

da jurisdição⁶³⁶. A vontade geral se torna um novo absoluto⁶³⁷, e, por meio do legislador, um tal estado toma o lugar do arquiteto do mundo⁶³⁸. E é claro que numa ordem política assim constituída não pode haver espaço para um direito compreendido como uma ordem supra ou extraestatal de validade material, nem pode esta ordem política reconhecer a autoridade daqueles que não têm nenhuma representatividade democrática, mas tão-só uma vocação para a *iurisprudencia* e uma especial sensibilidade para aquilo que em cada caso aparece na forma do justo⁶³⁹. O direito de uma ordem política desta índole terá de ser, de fato, aquele típico do normativismo, ou seja, o direito de uma normatividade pressupostamente prescrita que aos juristas compete puramente aplicar. Ocorre que o direito não tem de vir necessariamente assimilado à lei. E, se a compreensão moderno-iluminista da juridicidade for falsa, ter-se-á de admitir que uma autêntica ordem *de direito* não pode se realizar na forma de um “estado de legislação”. Queremos logo propor que uma ordem de direito é uma ordem política aberta para as autênticas exigências da juridicidade e dotada de meios institucionais capazes de garantir que seja continuamente permeada por essas exigências. A vingar porventura não a compreensão moderna da juridicidade, mas uma mais próxima daquela à qual historicamente se opôs, é evidente que o distintivo de uma ordem de direito não estará então na autonomia para dar-se político-legislativamente toda a própria normatividade, mas na disposição para incorporar uma normatividade autônoma na qual a sua lei apenas participará, e tanto mais participará quanto mais materialmente for conforme àquela normatividade. Para que esse problema do sentido de uma ordem de direito seja então enfrentado, impõe-se uma prévia apreciação do autêntico sentido da própria juridicidade. Só com esta tarefa cumprida poderemos nos ocupar da questão da juridicidade da ordem política e da articulação nesta ordem entre o político e o jurídico.

⁶³⁶ Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., pp. 67 e ss.; Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo milenio*, op. cit., pp. 105 e ss.; Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, op. cit., pp. 482/3.

⁶³⁷ Hannah Arendt, *Sobre a revolução*, op. cit., pp. 191-203.

⁶³⁸ Carl Schmitt, *Political theology...*, op. cit., p. 48.

⁶³⁹ É assim que o jusracionalismo, e especialmente o iluminismo, vão geralmente reconhecidos como uma força ideológica complexa capaz de arrasar a cultura jurídica européia (Carpintero, “Voluntarismo y contractualismo...”, op. cit., p. 108; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 260/1).

O DIREITO (*IUS*)

1. Introdução: a juridicidade e os juristas da *exégese* aos nossos dias

O *normativismo* é a expressão juridicamente mais acabada do pensamento moderno-iluminista. Segundo a versão mais pura desta compreensão da juridicidade e da *praxis* jurídica, o direito é um sistema normativo formalmente fechado e lógico-dedutivamente estruturado capaz de oferecer as premissas normativas a partir das quais os juízes aplicariam silogisticamente aquele direito, como tal pressuposto e pré-determinado em abstrato. Vistas as coisas nesses termos, é evidente que, no contraste com a tradição romanista, toda a dinâmica da juridicidade teoricamente se altera: “O direito não é agora o mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos, individualizados na sua problematicidade concreto-material e nas suas circunstâncias históricas, que se procuram, todavia, integrar na unidade de uma ordem, para ser antes um sistema normativo prescrito, que já em si mesmo e previamente define a sua unidade, e que se propõe impor à realidade humano-social essa sua racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída. A solução que haverá de corresponder aos problemas jurídicos concretos não é o resultado a constituir através de uma ponderação e elaboração normativa problematicamente também concreta, mas uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se hão-de reconduzir (subsumir) mediante uma redução de *species* a *genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão-só casos particulares de aplicação de um abstrato geral”⁶⁴⁰. E como assim o direito deixa de ser um constituendo aberto à autônoma problematicidade dos casos, para se tornar um pressuposto constituído, sistematicamente fechado e aplicável à maneira de uma operação lógica, o conhecimento jurídico deixa de ser prático-prudencial, para assumir uma índole teórica em face daquelas prescritas normas que constituem o seu específico objeto. Já não se trata aí de um

⁶⁴⁰ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002, p. 25.

conhecimento do justo concreto que vai constituindo uma ordem normativa em que um saber prático se incorpora, mas de um conhecimento de critérios normativamente pressupostos, que agora aos casos bastaria aplicar lógico-dedutivamente porque já não são a manifestação de um saber adquirido destinado a ser continuamente testado e ajustado casuisticamente, e sim a prescrição *a priori* de uma *potestas* legislativa a ser doravante obedecida.

Os exegetas do *Code civil* serão os mais fiéis adeptos desta compreensão da juridicidade, sob o pressuposto declarado de que os códigos já não deixam nada à disposição dos intérpretes, porque, antes que o problema se apresente, o direito está já inteiramente feito e organizado em um sistema de normas⁶⁴¹. Sabemos que esse normativismo legalista, e especialmente a metódica que lhe corresponde, prevaleceu firmemente na França do século XIX, tendo ainda adquirido especial vigor na Alemanha, onde a ideia de um direito pressuposto e sistematicamente ordenado, a exigir do encarregado da sua aplicação apenas um empenho de desenvolução dedutiva, teve as suas potencialidades lógico-sistemáticas levadas até o limite pela Jurisprudência dos Conceitos⁶⁴². Não demoraria, contudo, até que os mitos da completude legal e do logicismo aplicativo viessem atacados por sua pura e simples impossibilidade. Que o juiz possa limitar-se em todos os casos a extrair por meio de uma operação lógica a solução que um direito legal completo tenha de

⁶⁴¹ Laurent é muito claro neste sentido: “Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito” (citamos conforme Clovis Bevilacqua, *Theoria geral do direito civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1949, pp. 50/1). A propósito da Escola da Exegese, v., além das já citadas lições de Cattaneo e Bobbio, Castanheira Neves, “Escola da Exegese”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, *passim*.

⁶⁴² Sabe-se que a *Begriffsjurisprudenz* tem o seu antecedente imediato na Escola Histórica do Direito e nasce mesmo, pela mediação de Puchta, como uma vertente sua, de onde se poderia esperar que tirasse a aversão ao legalismo estatista, incompatível como de resto parecia ser com a vinculação do direito à história e à cultura de um povo, com o que viria a ser justificadamente compreendido como uma sua sociocultural manifestação em normativa expressão. Mas a Jurisprudência dos Conceitos sublinhará diversamente a sistematicidade do direito – decerto por sua caracterização como uma emanção de um todo orgânico, o historicista *Volksgeist* – e se dedicará primordialmente à construção conceitual, como a assumir que a tarefa da “ciência jurídica” passara a ser a tradução sistemático-conceitual daquele direito involucrado na história e nas instituições do povo alemão, e isto até um ponto em que a dimensão histórica da juridicidade perder-se-ia (Castanheira Neves, “Escola histórica do direito”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, *passim*; Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op. cit., pp. 181-95; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., pp. 158-64). Com esta diversa ênfase, a escola em questão viria a reforçar metodicamente o legalismo estatista na medida em que proporcionava um esquema aplicativo supostamente capaz de imunizar aquela juridicidade pressuposta contra a influência de quaisquer deformantes e ilegítimos elementos que pudessem porventura concorrer na formação do juízo em que cada caso encontra a sua solução. Foi este o aporte da conhecida *teoria da subsunção*, incorporada à *praxis* jurídica como uma pensada garantia para a pura transposição ao caso de uma solução pré-determinada em abstrato.

antemão prescrito em abstrato é, a rigor, apenas um folclore⁶⁴³, e um folclore decerto ingênuo, desmentido pela prática forense⁶⁴⁴, que logo, antes mesmo da virada do século, enfrentaria o desafio da *libre recherche scientifique* de Gény, ao qual viria a juntar-se, desde a Alemanha, todo o aparato crítico de um mais compreensivo “movimento do direito livre” (*Freirechtsbewegung*), e também o da influente Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*)⁶⁴⁵. Foi graças ao severo escrutínio que essas escolas impuseram à lógica jurídica do século XIX que ruiu toda a metodologia erigida em torno do dogma da suficiência normativa do sistema legal positivo. Ficou para sempre demonstrado que a aplicação do direito não pode consubstanciar um ato puramente lógico, a realizar-se em termos apenas dedutivos, partindo da lei ou de um sistema conceitual exaustivo da juridicidade. Isto resultou de um conjunto de constatações cuja síntese e ordenação devemos a A. Castanheira Neves, e que, nas suas palavras, são as seguintes: (a) rejeita-se a identificação do direito com a lei e a ilusão da plena suficiência do sistema legal, vez que o direito positivo é antes uma tentativa histórica e intencionalmente limitada de regulamentação prática da vida social, e que tanto a riqueza quanto a concreta problematidade dessa mesma vida social continuamente revelam a insuficiência jurídica do direito legal constituído; (b) percebe-se que no concreto juízo decisório concorrem efetivamente ponderações práticas, “juízos de valor” ou valorações, momentos volitivos e considerações teleológicas; (c) verifica-se que o problema da aplicação do direito não se resolve através de uma dedução a partir das premissas que se postulavam oferecidas (as normas e os fatos), pois que reside precisamente na determinação e na elaboração das próprias premissas exigidas para uma

⁶⁴³ John Henry Merryman, "Lo 'stile italiano': l'interpretazione", tradução de Diego Corapi e Giuseppe Marziale, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII (1968), pp. 377-83.

⁶⁴⁴ "Uma lide, ou se quisermos o processo que a contém, oferece ao julgador – e nos juízos colegiados isto se torna ainda mais evidente – inúmeras "verdades" ou incontáveis alternativas de solução do conflito, todas elas plausíveis e verossímeis, postas à disposição do magistrado, que acabará formando seu convencimento, escolhendo, dentre a multidão de fatos, circunstâncias e indícios existentes nos autos, aqueles que o tenham impressionado mais fortemente, que mais se harmonizem com a sua compreensão do direito e das funções que o ordenamento jurídico haverá de desempenhar, que mais se aproximem de sua particular visão de justiça, a ser feita naquele caso particular; que mais se coadunem com suas inclinações pessoais, com sua formação moral e com seus compromissos ideológicos. Somente os ingênuos e aqueles que apenas 'conhecem' o direito pelos livros e pelo que se ensina nas universidades não sabem disso!" (Ovídio A. Baptista da Silva, "A plenitude de defesa' no processo civil", *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 124/125).

⁶⁴⁵ Para uma cuidadosa consideração de conjunto dos movimentos e escolas que protagonizaram essa insurreição contra o logicismo aplicativo e os dogmas em que se apoiava, v., por todos, Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., cap. III, pp. 201 e ss.

adequada solução do caso decidendo; (d) reconhece-se a interpretação da norma menos como a mera explicitação analítica do seu conteúdo objetivo do que como a constitutiva imputação a esse conteúdo de um particular sentido normativo em função e como resultado da referência normativa da norma às exigências problemáticas do caso concreto; e, por fim, (e) dá-se conta de que a própria “construção” dogmática conceitual sistemática do direito positivo, que se pretendia uma estrita atividade objetiva e lógico-analiticamente fundamentada, tinha verdadeiramente na sua base uma interessada intenção prática assumida pela subjetividade do jurista, pois era decisivamente orientada pelos objetivos práticos que este se propunha⁶⁴⁶.

Pode-se dizer, em síntese, que o êxito da virada metodológica ocorrida na primeira metade do século passado foi o de ter definitivamente mostrado que a aplicação do direito exige necessariamente a intervenção de critérios extralegais, quaisquer que sejam a sua natureza, origem e consistência normativa⁶⁴⁷, e que

⁶⁴⁶ Castanheira Neves, “Método jurídico”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 309/10.

⁶⁴⁷ No que concerne às preferências dos integrantes do movimento do direito livre relativamente a tais critérios, Lombardi demonstrou como variam desde os mais tradicionais, como o costume, o uso judiciário e a doutrina jurídica, passando por critérios dependentes da personalidade do jurista ou expressivos de um certo “sentimento jurídico”, dos “valores” ou da “consciência” geral ou individual, e por outros extraídos da “natureza das coisas”, dos fatos mesmos ou dos interesses sociais relevantes, e até mesmo critérios que nos nossos dias vão invocados como a expressarem uma atitude de vanguarda, a exemplo daqueles que podemos supostamente buscar nas leis da economia e na psicologia (Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp. 337-45). Apesar da variedade de critérios que vemos assim invocados, o traço marcante do movimento do direito livre é a acentuação da relevância judicativa dos elementos volitivos que praticamente concorrem para a integração do direito (Castanheira Neves, “Escola do direito livre”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 198/9) – daí o juízo indisfarçadamente negativo de Karl Larenz a propósito das ideias nucleares desse movimento, quando afirma que, ao darem a primazia à vontade, ao sentimento ou à intuição, acabam deixando à disposição de cada um que entenda o que lhe aprouver no que concerne ao uso pelo juiz do seu agora reconhecido espaço de liberdade, e tudo a proporcionar, especialmente a partir do manifesto programático de Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906) uma “viragem para o subjetivismo” (*Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 79-81). De índole neste ponto diversa é a postura da Jurisprudência dos Interesses, por sua maior fidelidade ao princípio legalista da autoridade do legislador e pela ênfase que coloca na relevância interpretativa dos interesses que causalmente movem o legislador, determinando as suas escolhas normativas. O que de fato a Jurisprudência dos Interesses propõe é uma técnica de aplicação judicial da lei capaz de manter o juiz sujeito às valorações legislativas mesmo quando estas não se revelem por uma determinação legal precisa da solução a dar ao caso, ou seja, na hipótese de uma lacuna legal. A pressuposição dessa particular concepção metodológico-jurídica é a de que as leis expressam opções legislativas por certos interesses. A investigação de tais interesses, aí compreendidos como fatores causais da lei, é o momento decisivo em uma apropriada atividade interpretativa, pois no contexto da prática realização do direito o intérprete deve atender à valoração desses interesses pelo legislador. Na hipótese de uma lacuna, abre-se a possibilidade para o juiz de desenvolver o direito por meio de uma autônoma valoração dos interesses em questão, mas ainda assim exige-se do julgador um esforço de conformação desta sua autônoma valoração aos juízos valorativos do legislador, em detrimento da

nessa prática-judicativamente empenhada invocação de critérios extralegais, com intenção à adequada solução de cada caso, o pensamento jurídico vai reconstruindo o direito, pelo que se revela *normativamente constitutivo* da juridicidade⁶⁴⁸. E é assim que a partir daí encontrarão condições de florescer as mais diversas concepções não puramente legalistas da juridicidade, diferenciando-se doravante conforme ao modo como identifiquem e compreendam aqueles critérios e o lugar da lei num todo mais abrangente que os integra ou que a eles de algum modo normativamente refere. Tais concepções vão desde o positivismo mais coerente de um Kelsen ou de um Hart, onde encontramos o reconhecimento de que pelo menos em casos especiais o juiz terá de valer-se de critérios não legais (com a especificidade, porém, desta concepção, que é a de não admitir a juridicidade destes critérios pelo menos enquanto não venham absorvidos pelo sistema por decisão da competente autoridade⁶⁴⁹); até um jusnaturalismo mais tradicional, sempre retomado e a postular

valoração puramente pessoal. Se há nessa proposta, portanto, um esforço de contenção do subjetivismo judicial, é importante notar que isto se consegue com a subordinação da juridicidade ao subjetivismo do legislador, pois afinal os interesses que praticamente determinarão o caminho a seguir não passam de “apetências e tendências apetitivas” privilegiadas por uma valoração legislativa que não é senão um resultado das apetências do legislador (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., pp. 63 e ss; Wieacker, *História do direito privado moderno*, op. cit., pp. 664-9). Trata-se de uma proposta confessadamente mais conservadora, na medida em que recusa conceder ao juiz toda a liberdade que o movimento do direito livre queria lhe atribuir. Mas uma proposta não por isso menos relevante na superação do logicismo aplicativo do século XIX. Afinal, por sua influência perde terreno aquela anterior compreensão do direito como um pressuposto e pleno sistema legal ou conceitual formalmente fechado, a exigir do jurista uma abordagem teórica desde o ponto de vista do seu conhecimento e uma subserviência logicamente controlável no que respeita ao modo da sua prática aplicação. No lugar de uma normatividade legal ou conceitual lógico-sistematicamente autosubsistente, a Jurisprudência dos Interesses coloca, de fato, uma juridicidade teleologicamente orientada que por suas insuficientes formulações legais exige do jurista um esforço de integração orientado à prática satisfação dos interesses porventura encontráveis detrás daquelas disponíveis formulações (Castanheira Neves, “Jurisprudência dos interesses”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, *passim*). A compreensão da juridicidade assume com isto um pendor marcadamente funcionalista, contra a vocação normativista característica do pensamento jurídico imediatamente anterior (Castanheira Neves, “Jurisprudência dos interesses”, op. cit., p. 243).

⁶⁴⁸ Castanheira Neves, “O actual problema metodológico da realização do direito”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 260; idem, “Método jurídico”, op. cit., p. 315.

⁶⁴⁹ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da fixação da necessária moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 4ª ed., tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1994, p. 393). É essa, a propósito, a objeção de Kelsen à concepção de Esser acerca da juridicidade dos princípios que orientam a decisão judicial: “Si possono definire principi del «diritto» i principi in questione della morale, della politica o del costume solo nella misura in cui essi influiscono

a relevância jurídica de uns poucos primeiros princípios ligados às inclinações naturais do homem⁶⁵⁰. De qualquer forma, pode-se dizer que no geral a lei continuou a ser considerada a normal manifestação da juridicidade, e a aplicação da lei a tarefa tipicamente atribuída ao juiz. Mesmo com a transição da Jurisprudência dos Interesses para uma autêntica Jurisprudência dos Valores, ao juiz importaria averiguar os valores ou critérios de valoração superiores ou subjacentes às normas legais, para assim instruído conseguir uma adequada aplicação da lei⁶⁵¹, vez que esta, referida embora a valores ou princípios de um ou outro tipo, permanecia o modo normalmente constitutivo ou a mais privilegiada manifestação da juridicidade,

sulla produzione di norme giuridiche da parte delle competenti autorità giuridiche. Essi conservano però il loro carattere di principi della morale, della politica e del costume e devono essere nettamente distinti dalle norme giuridiche, il cui contenuto è conforme ad essi. Il fatto che vengano definiti principi «giuridici» non significa, come sembra indicare il termine, che essi siano diritto, che abbiano carattere di diritto. Il fatto che essi influenzino la produzione delle norme non vuol dire, come sostiene Esser, che essi si «positivizzino», diventino cioè elementi costitutivi del diritto positivo. «Positivizzate», cioè diritto positivo, sono soltanto determinate norme, statuenti specifici atti coercitivi, che vengono prodotte in un modo determinato dal diritto stesso” (*Teoria generale delle norme*, tradução de Mirella Torre, Torino, EINAUDI, 1985, pp. 183/4). É essa, segundo a conhecida apreciação de Dworkin, a segunda das proposições centrais do positivismo, logicamente decorrente da primeira, que assevera que o direito de uma comunidade é um conjunto de regras (*rules*) identificadas não pelo seu conteúdo, mas pelo seu *pedigree*: “The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that, if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one” (Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 17). Hart, a quem Dworkin atribui essa concepção, acabou por corroborá-la, em termos embora mitigados, na seção do posfácio de *The concept of law* decidido à crítica da sua tese da discricção judicial: “there will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers. But he must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values. But if he satisfies these conditions he is entitled to follow standards which are not dictated by the law and may differ from those followed by other judges faced with similar hard cases” (*The concept of law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 273).

⁶⁵⁰ Acerca do jusnaturalismo atual, são abundantes em informações a coletânea de ensaios de Carlos I. Massini Correias, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006, *passim*, e os trabalhos de autores vários por ele reunidos em *El iusnaturalismo actual*, Carlos I. Massini-Correias (org.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, *passim*.

⁶⁵¹ Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., pp. 167 e 297-300. Ness a vertente do pensamento jurídico tais valores e critérios assumem as mais variadas configurações – são para alguns apenas os valores imanentes ao sistema jurídico no seu inteiro complexo, para outros as “concepções éticas efetivamente vigentes” (English) ou o “*ethos* jurídico dominante na comunidade” (Zippelius), e para outros ainda aqueles “conteúdos axiológicos atemporais” que se manifestam nas proposições jurídicas fundamentais (Coing) ou uma ordem axio-teleológica de princípios gerais (Canaris) ou de princípios ético-jurídicos referidos à “ideia de Direito” (Bydlinski, Larenz) (cf. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., pp. 172 e ss.; Hans Martin Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, tradução de Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 111-52; Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., tradução de J. Baptista Machado, Lisboa, Gulbenkian, 2001, p. 239; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1996, p. 77; Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, pp. 38/9).

dado que, em razão das pressuposições político-constitucionais dominantes, o legislador continuava amparado por uma legitimidade que faltava ao juiz⁶⁵².

No plano jurídico-filosófico, o positivismo jurídico foi decerto desafiado ao longo do século XX pelas mais diversas concepções, florescidas em meio a uma explosão de reflexão filosófica a que dera lugar a crise global do pensamento característico do período imediatamente anterior. O neokantismo, *v. g.*, desempenhou aí um papel digno de nota, ao prender-se à teoria kantiana do conhecimento numa sua proposta aplicação à metodologia da ciência do direito, concebida como uma autônoma ciência de fins, considerados estes não, porém, para esclarecer a origem causal das normas jurídicas – como na Jurisprudência dos Interesses de Heck –, mas a especificidade lógica das ponderações jurídicas, que em Stammler residiria numa determinada espécie de conexão entre meios e fins, com o que o direito viria a ser pensado como um específico *modo de pensamento* para o estabelecimento de fins, indiferente, contudo, à “matéria”, ao conteúdo material deste mesmo direito, a ser ainda historicamente determinado pelo direito positivo, e este pela vontade⁶⁵³, de forma que o “direito justo” que assim aparece mantém-se fiel à separação positivista entre o *ser* e o *dever ser* do direito, e vai vinculado a uma ideia de direito de valor unicamente “*axiológico-intencionalmente regulativo, e não jurídico-materialmente constitutivo*”, com a consequência de que o direito injusto não seria menos direito por não cumprir aquela ideia⁶⁵⁴. Lamentavelmente, tivemos de passar por um holocausto para que a consciência jurídica despertasse para o vital problema filosófico da dimensão axiológico-normativamente constitutiva da juridicidade. E quando isso aconteceu foi na forma de um renascimento do jusnaturalismo, em tentativas, contudo, as mais diversas, com destaque para o jusnaturalismo axiológico que imputava à juridicidade um suprapositivo conteúdo axiológico ou ético-material radicado numa ordem de valores (Scheler, Hartmann) com autêntico sentido fundamentadamente normativo e constitutivo; para uma outra tentativa centrada na convocação da “natureza das

⁶⁵² Assim, por exemplo, em Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., p. 216, Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, op. cit., pp. 84/5 e 180/1, e Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, op. cit., pp. 119-21.

⁶⁵³ Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., pp. 115 e ss.

⁶⁵⁴ A crítica e a citação em aspas são de Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 37.

coisas”, com sua tendência a buscar no modo concreto de ser das “coisas” humanas/sociais um sentido teleológico-normativo de que dependeria a validade da legislação e das decisões jurídicas; e ainda para o existencialismo jurídico, em que vemos a influência de Heidegger ao pronunciar-se aí a dimensão constitutiva da historicidade, com o chamado do homem à responsabilidade por um direito em que se realizaria intencionalmente a sua própria humanidade⁶⁵⁵. Em todas essas concepções repercutiriam, porém, a tendência tipicamente moderna a ver o direito como uma ordem normativa estratificada⁶⁵⁶, sob um substrato superior cuja elucidação ou determinação normativa viria cumprida pela especulação filosófica ou por uma dogmática jurídica de cariz teórico. E com isso o que se consegue é uma falsificação da juridicidade decorrente do esquecimento, nessa perspectiva implicado, da sua índole prático-prudencial e dos modos judicativo e jurisprudencial da sua gênese e evolução histórica.

Ainda hoje, parece-nos que a referência a critérios extralegais vem prevalentemente incorporada ao discurso jurídico para reconduzir o juiz ao desempenho da sua moderna função, como a sugerir que por meio de um adequado tratamento de tais critérios consegue-se alguma garantia de racionalidade para a aplicação do direito mesmo quando a lei deixa inexoravelmente ao juiz alguma margem de liberdade. Postula-se que ao mover-se no interior desse espaço de liberdade legal o juiz possa até criar direito, mas garantida a racionalidade do seu proceder e sempre por conta do espaço deixado pelo legislador para esta marginal e residualmente discricionária *praxis* jurígena⁶⁵⁷. Evidentemente, no suposto da primazia da legislação é muito melhor isto do que a ingênua insistência na plenitude legal e na possibilidade de uma pura aplicação lógico-dedutiva de um direito inteiramente pressuposto. Mas tudo indica que, por este caminho, continuamos presos à opção moderna pelo modelo político da *lex*, contra o paradigma sapiencial do *ius* – e temos forçosamente de perguntar se não deveríamos preferir o segundo,

⁶⁵⁵ Esta nossa é uma suma da já apertada síntese que encontramos em Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 37-40.

⁶⁵⁶ Remetemos novamente à crítica de Castanheira Neves, que identifica em tais propostas os traços de um absolutismo dogmático, de um essencialismo ahistórico e de um normativismo peculiarmente moderno (*A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 40-4).

⁶⁵⁷ Para uma apreciação de conjunto dos critérios extralegais de integração admitidos pela doutrina contemporânea, assim como da problemática do controle racional das escolhas jurídicas, v. Giovanni Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, 2ª ed., Milano, Vita e Pensiero, 1999, esp. pp. 41-7 e 106-10.

como preferiram os romanos e a tradição do *common law*. Antes, contudo, é ainda necessário apreciar as mais relevantes alternativas que o pensamento jurídico contemporâneo tem proposto, a fim de vermos se oferece alguma melhor alternativa.

2. Algumas possíveis alternativas contemporâneas ao modelo político da *lex* e ao paradigma sapiencial do *ius*

O nosso é um contexto de ideias gravemente problemático, pois nele se insinuam com força invulgar e grande apelo inúmeras e concorrentes compreensões da juridicidade, cada uma a admitir inúmeros desdobramentos e a abrir caminhos muito variados. Esse universo quase inabarcável de incontáveis teorias e concepções dificilmente pode ser capturado sem nada preterir, e mesmo uma panorâmica tentada com o propósito de identificar, diferenciar e aclarar as principais tendências do nosso tempo não se consegue com sucesso sem um gigantesco esforço de simplificação e uma excepcional capacidade analítica. Trata-se, contudo, de tarefa realizada, da qual resultou um quadro das compreensões da juridicidade em que tudo acaba por reduzir-se a três possibilidades: o normativismo, o funcionalismo e o jurisprudencialismo⁶⁵⁸. É evidente que a enorme pluralidade a que nos referíamos permite agrupar as propostas disponíveis de muitas maneiras e em atenção aos mais variados critérios. Mas não conhecemos nenhum panorama mais compreensivo e esclarecedor do que aquele que acabamos de mencionar, por sua capacidade de caracterizar e diferenciar todas as perspectivas conhecidas em atenção a três critérios decisivos que se traduzem em três perguntas incontornáveis, às quais cada uma daquelas compreensões da juridicidade dá uma resposta diferente e que podem ser assim resumidas: (a) o que é o direito, (b) qual a sua específica racionalidade e (c) qual o seu peculiar modelo metódico?⁶⁵⁹.

O normativismo é aquela compreensão tipicamente moderna da juridicidade a que já nos referimos, e que podemos agora voltar a sintetizar pelo modo como responde àquelas perguntas fundamentais: o direito do normativismo é um sistema pressuposto de normas que uma racionalidade sistemático-dedutiva convoca para a

⁶⁵⁸ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., *passim*; idem, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., *passim*.

⁶⁵⁹ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, *Digesta*, v. 3^o, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 200.

solução de casos à maneira da teoria da subsunção. Era de se esperar, assim, que as alternativas contemporâneas a que queremos agora aludir viessem a corresponder às duas concorrentes compreensões da juridicidade que se opõem ao normativismo, em razão das diferentes respostas que dão às questões anteriormente mencionadas. Teríamos então de tratar já do funcionalismo e do jurisprudencialismo. Não será essa, contudo, a nossa opção, porque queremos mais adiante sugerir uma compreensão da juridicidade que adere a um específico jurisprudencialismo em que se renova o paradigma sapiencial do *ius*, e agora estamos ainda um passo atrás, num momento em que importa destacar as mais importantes propostas resultantes do esforço contemporâneo de superação do normativismo, para vermos se oferecem alguma superior alternativa àqueles paradigmas que já mencionamos. E é assim que já agora aludiremos à hermenêutica filosófica e às mais proeminentes teorias da argumentação jurídica, para depois tratarmos do funcionalismo jurídico. Cumprida essa tarefa, estaremos em condições de ir adiante, com o propósito de esclarecer mais detidamente alguns aspectos fundamentais do fenômeno jurídico que essas concepções negligenciam.

2.1. Interpretação e aplicação: a objeção hermenêutica ao normativismo

Em quaisquer de suas versões, o normativismo vê no caso apenas a hipótese de aplicação de uma norma pressuposta. O direito aplicável ao caso é aquilo que já era em abstrato e continua a ser o que antes era independentemente das soluções que aos casos vão sendo dadas. O modo de realização do direito próprio dessa imposição é supostamente o de uma *aplicação* que deixa a juridicidade vigente imune às vicissitudes e oscilações da prática jurídica. A norma deve determinar a solução do caso sem admitir qualquer reciprocidade, a fim de evitar que a normatividade pressuposta seja de qualquer modo adaptada às exigências prático-problemáticas dos casos, assegurando, assim, a conservação da sua unidade lógica *a priori*⁶⁶⁰. Nessa rejeição de qualquer recíproca implicação entre a norma e o caso se equivalem o positivismo legalista e algumas versões do jusnaturalismo, e tanto aquela quanto estas vertentes do pensamento jurídico contribuíram para a moderna predominância de uma compreensão do processo de realização do direito como um

⁶⁶⁰ A propósito dessa e das outras possíveis modalidades ou sentidos da unidade sistemática do direito, conferir, por todos, Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 155-66.

movimento unidirecional do abstrato para o concreto, à maneira de uma dedução lógica⁶⁶¹. Só assim se conseguiria uma radical separação entre os momentos da criação, da interpretação e da aplicação das normas, que constituirá o último corolário e a condição fundamental da subsistência do normativismo. A compreensão normativista do direito pressupõe, com efeito, que a sua criação possa ser reservada a uma instância legislativa e preservada de qualquer interferência judicial. Para isso, a interpretação teria de vir realizada em passo anterior ao da aplicação e circunscrever-se à descoberta do sentido abstrato das normas. Do contrário, a interpretação acabaria por ser de algum modo determinada pela aplicação e o sentido da norma resultaria mais daquilo que o juiz entendeu e fez do que daquilo que o legislador quis e estabeleceu. Mas é precisamente a *possibilidade* de uma radical separação entre interpretação e aplicação que a hermenêutica filosófica desafiará, colocando assim em questão, portanto, a própria viabilidade do normativismo.

A hermenêutica filosófica não é uma alternativa metódica, e não se situa no mesmo plano da hermenêutica tradicional. Não é nem prescreve nenhum método⁶⁶², embora tenha *relevância metódica*, por elucidar em certo sentido o que *não se pode esperar de um método*. Segundo Gadamer, método nenhum é capaz de satisfazer a pretensão cognitivista da ciência moderna, com a sua reivindicação de um conhecimento objetivo metodicamente obtido e “independente de qualquer aplicação

⁶⁶¹ Arthur Kaufmann descreveu de forma muito convincente a convergência que quanto a essa relação entre a norma e o caso aproxima certas versões daquelas diferentes vertentes do pensamento jurídico: “O direito natural clássico e o juspositivismo clássico (normativístico) equiparam-se num ponto essencial. Tanto para um como para o outro o processo da realização do direito é um processo perfeitamente a-histórico. É um ‘processo’ em que nada acontece. O caso e a norma permanecem durante todo ele como já eram antes, nada é alterado. Trata-se de um pensamento lógico-formal. O discurso é puramente dedutivo. O direito concreto, a decisão jurídica, é deduzida, em termos estritamente lógicos, da norma, que, por sua vez, deriva de normas hierarquicamente superiores e, finalmente, estas defluem das últimas e mais elevadas normas do sistema. A diferença entre o direito natural clássico e o juspositivismo clássico consiste ‘apenas’ na circunstância de, naquele primeiro, as normas hierarquicamente mais elevadas serem consideradas pré-dadas (no *logos*, na natureza, na lei divina, na razão prática), enquanto que no último, a ‘norma fundamental’ é entendida como uma prescrição humana, como uma hipótese, ou como uma condição transcendental” (“Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações. Fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa”, tradução de Fernando José Bronze, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2002, p. 186).

⁶⁶² Em vez de método, dizem-nos os adeptos que a hermenêutica filosófica é *filosofia transcendental*, “no sentido de que indica as condições gerais de possibilidade da compreensão do sentido”; por isso, não prescreve nenhum método: “Apenas diz, sob que pressupostos, se pode compreender algo no seu sentido” (Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Gulbenkian, 2004, p. 67; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 07).

subjetiva”⁶⁶³, sob o pressuposto de que a compreensão só verdadeiramente se realizaria quando o sujeito conseguisse “manter-se pessoalmente fora do jogo”⁶⁶⁴. Contra essa moderna concepção objetivista do conhecimento e a crença na possibilidade da sua rigorosa realização metódica, a hermenêutica filosófica sustenta que a compreensão é “sempre simultaneamente objetiva e subjetiva”, uma vez que não é possível a apreensão do objeto na sua pura objetividade, sem nenhuma interferência de elementos subjetivos⁶⁶⁵. É a essa perspectiva que tem sido atribuída a chamada superação da dicotomia sujeito-objeto. Toda compreensão vai assim vista como uma *atribuição* de sentido, e por isso o sujeito estaria, sempre, no sentido implicado: “O aporte produtivo do intérprete – afirma Gadamer – forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão”⁶⁶⁶. O sentido de algum modo *resulta da compreensão* e leva em si algo do sujeito que compreende; não é um dado bruto da realidade, algo que lá já está, inteiramente no objeto, para ser dele metodicamente extraído e reproduzido na consciência do intérprete sem nenhuma interferência da sua subjetividade. O sujeito com as suas precompreensões e o contexto em que ele e o objeto se cruzam se refletem inexoravelmente na compreensão, e daí porque o sentido é sempre aquilo que concretamente resulta de uma particular compreensão, por um particular sujeito, em um particular contexto. É isso que Gadamer quer dizer quando afirma que o compreender implica sempre a aplicação do sentido compreendido⁶⁶⁷.

Se isso tudo que afirma a hermenêutica filosófica vale para toda e qualquer compreensão, a interpretação dos textos normativos já não poderá mais ser vista ou explicada como um processo de “descoberta” do que lá de antemão esteja. Terá forçosamente de cair por terra o pressuposto normativista de que antes da intervenção do intérprete o direito esteja já feito e encerrado em textos de sentido unívoco, restando ao jurista apenas a tarefa de reconhecer e declarar nas hipóteses

⁶⁶³ Hans-Georg Gadamer, *Verità e metodo* (ed. bilíngüe), tradução de Gianni Vattimo, Milano, Bompiani, 2000, p. 689.

⁶⁶⁴ Gadamer, *Verità e método* (ed. bilíngüe), op. cit., p. 691.

⁶⁶⁵ Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 68; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., p. 08.

⁶⁶⁶ Hans-Georg Gadamer, “Hermenéutica clássica y hermenéutica filosófica”, *Verdad y método*, v. II, tradução de Manuel Olasagasti, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998, p. 111.

⁶⁶⁷ Gadamer, *Verità e metodo* (ed. bilíngüe), op. cit., p. 687.

de sua aplicação o “sentido exato e verdadeiro da lei”⁶⁶⁸. Na medida em que encerram normas gerais e abstratas, os textos normativos não podem ser antes compreendidos em sua significação geral e abstrata para uma ulterior aplicação sem que desse processo resulte um sentido que de algum modo não estava já inteiramente na norma. Nem que seja por especificação da hipótese de aplicação mediante a determinação de que a norma aplicada é o critério de solução de um caso concreto, e por densificação do seu sentido normativo mediante a determinação da implicação jurídica da norma para aquele mesmo caso, algo pode-se depois dizer da norma, e portanto do seu sentido, que antes não se poderia: que aquela e não outra é a norma de solução daquele caso concreto e que daquela norma resulta para este caso uma específica solução, e não qualquer outra. O sentido da norma se densifica, especifica e determina, de um modo tal que não se pode afirmar que aquilo que do processo resultou estava de antemão predeterminado e inequivocamente prescrito pela norma em sua significação geral e abstrata. E essa maior densificação, especificação e determinação do sentido normativo, para a qual concorrem elementos diversos, é o mínimo que da aplicação resulta para a norma. Então se pode dizer com Esser que na aplicação não há só uma reprodução, mas também uma produção de conteúdo normativo⁶⁶⁹. E foi por isso que Gadamer se valeu do que acontece no processo de aplicação do direito para esclarecer que a *applicatio* não é uma aplicação ulterior de um geral dado, compreendido anteriormente em si mesmo, a um caso concreto, mas é antes a verdadeira compreensão do próprio geral que é o texto que nos é dado a interpretar, de forma que a compreensão se revela como uma forma de resultado e se reconhece como um tal resultado⁶⁷⁰.

O jurista que se depara com um texto e toma para si a tarefa da sua aplicação é certamente um daqueles elementos que concorre para a determinação do sentido da norma. A hermenêutica filosófica enfatiza que o leitor não pode se limitar a ler o

⁶⁶⁸ Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, v. I, Paris, Durand/Hachette, 1854, p. 125.

⁶⁶⁹ Josef Esser, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 73.

⁶⁷⁰ “Applikation ist keine nachträgliche Anwendung von etwas gegebenem Allgemeinen, das zunächst in sich verstanden würde, auf einen konkreten Fall, sondern ist erst das wirkliche Verständnis des Allgemeinen selbst, das der gegebene Text für uns ist. Das Verstehen erweist sich als eine Weise von Wirkung und weiß sich als eine solche Wirkung” (Gadamer, *Verità e metodo* [ed. Bilingue], op. cit., p. 702).

que o texto contém, pois a compreensão do sentido linguístico de um texto não pode ser jamais um processo puramente receptivo imune a quem compreende. A compreensão traz sempre algo da subjetividade do intérprete e dela depende em alguma medida⁶⁷¹. Isso não significa que o intérprete tenha absoluta liberdade relativamente ao texto⁶⁷². Mas o intérprete e o texto têm cada um o seu próprio “horizonte”, e a autêntica compreensão supõe uma fusão desses horizontes⁶⁷³. Por isso, o projeto de uma jurisdição absolutamente neutra e a pretensão metódica da teoria da subsunção não podem se realizar. A compreensão é “sempre simultaneamente objetiva e subjetiva”; o intérprete, diz-nos Kaufmann, “insere-se no ‘horizonte de compreensão’ e não se limita a representar passivamente o objecto na sua consciência mas antes o conforma, ou, noutros termos: não se limita a ‘subsumir’ o caso na lei permanecendo completamente à margem deste processo, mas desempenha um *papel conformador activo* na chamada ‘aplicação do direito’”⁶⁷⁴. É insustentável, segundo Gadamer, a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, na qual cada juízo seja só um puro ato de subsunção⁶⁷⁵. Não existe interpretação ou aplicação da lei que não seja concomitantemente constitutiva de direito⁶⁷⁶.

Mas essa refutação hermenêutica daquela absoluta objetividade que o método jurídico tradicional pretendia resguardar não deixa de suscitar relevantes problemas, como o da garantia daquela porção de objetividade que a compreensão jurídica deve salvaguardar para não recair em um puro subjetivismo. Uma das respostas que a hermenêutica filosófica oferece está ligada à ideia de tradição. A aproximação entre o sujeito e o objeto deve ser mediada pela tradição⁶⁷⁷. E a

⁶⁷¹ Gadamer, *Verità e metodo* (ed. bilíngüe), op. cit., p. 701; Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 132; idem, “Riflessioni per un fondamento ontologico dell’ermeneutica giuridica”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 159/60.

⁶⁷² Gadamer, *Verità e metodo* (ed. bilíngüe), op. cit., p. 687.

⁶⁷³ Gadamer, “Hermenéutica clássica y hermenéutica filosófica”, op. cit., p. 111.

⁶⁷⁴ Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 68; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., p. 08. A propósito das exigências que daí decorrem para o intérprete, v. Kaufmann, “La storicità del diritto alla luce dell’ermeneutica”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 72-4.

⁶⁷⁵ Gadamer, *Verità e metodo* (ed. bilíngüe), op. cit., p. 681.

⁶⁷⁶ Arthur Kaufmann, “La «ipsa res iusta». Pensieri per un’ontologia ermeneutica del diritto”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 110.

⁶⁷⁷ Nesse sentido, por referência a Maihofer e Gadamer, Kaufmann: “A superação do esquema sujeito/objeto no conhecimento *não significa*, no entanto, *um regresso ao subjetivismo...* Pensamento

instância de controle dessa mediação é o discurso. A intersubjetividade que emerge do confronto argumentativo sob o fundo comum de uma tradição supera, para os adeptos da hermenêutica filosófica, os extremos do objetivismo e do subjetivismo. Segundo Kaufmann, em vez de pretender uma objetividade arrogante e enganosa, o pensamento hermenêutico se contenta com uma decorosa intersubjetividade⁶⁷⁸. É assim que, para superar o objetivismo da ciência moderna, sem recair no extremo do subjetivismo, a hermenêutica filosófica introduz a noção de uma “verdade intersubjetiva”⁶⁷⁹ e, conseqüentemente, remete o problema jurídico-metodológico para o campo do discurso, da argumentação⁶⁸⁰, recorrendo, não raro, à possibilidade de consenso⁶⁸¹ ou à “convergência” para suprir a necessidade de um regulativo último⁶⁸². Ocorre que para a superação argumentativa do problema jurídico a resolver entrará necessariamente em questão o problema da *validade* normativa⁶⁸³. E é aqui, no confronto com essa questão decisiva, que a hermenêutica filosófica terá de reconhecer os seus limites. A explicitação das condições de toda e qualquer compreensão não toca o problema da *fundamentação* da compreensão, pois nada diz acerca dos critérios por referência aos quais uma dada compreensão pode ser justificada e criticamente confrontada, e deixa assim por resolver a questão da

hermenêutico não significa ficar preso às circunstâncias do momento, mas viver da ‘herança’ da *tradição* como ‘base comum do mundo aberto em que nos encontramos’, como ‘patrimônio adquirido de conhecimentos comuns a partir do qual vivemos’ (Maihöfer). A hermenêutica parte do facto de ‘que quem queira compreender, está ligado àquilo que é transmitido e está ou entra em contato com a tradição donde provém o que é transmitido’ (Gadamer)” (Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 69). No mesmo sentido, Esser, *Precomprensione e scelta del método...*, op. cit., pp. 136/7.

⁶⁷⁸ Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., pp. 132/3; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., p. 26.

⁶⁷⁹ Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*, op. cit., p. 73; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., pp. 13/4.

⁶⁸⁰ Arthur Kaufmann, “Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações...”, op. cit., p. 206; idem, *Filosofia do direito*, op. cit., pp. 70 e 130/1; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., pp. 10 e 24/5; Esser, *Precomprensione e scelta del método...*, op. cit., p. 127-30.

⁶⁸¹ “Non la soggettività dunque, ma l’intersoggettività è la soluzione – e quindi razionalità, plausibilità, capacità di conseguire consenso” (Arthur Kaufmann, “Riflessioni per un fondamento ontologico dell’ermeneutica giuridica”, op. cit., p. 163). E ainda: “è chiaro che il criterio del consenso reale non è criterio di validità per il diritto, sì, invece, la *capacità di conseguire consenso*” (idem, “La coscienza e il problema della validità giuridica”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 215).

⁶⁸² “Il *mezzo* più importante per la determinazione dei criteri di prova dei contenuti oggettivi è il consenso. Il *fondamento* della verità (o giustizia) del consenso, non è il consenso (ottenuto in maniera ideale), ma la *convergenza* come reale criterio della verità o giustizia” (Arthur Kaufmann, “La filosofia del diritto oltre la modernità”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 304).

⁶⁸³ José Lamego, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 199.

validade da compreensão⁶⁸⁴ e dos critérios de correção da interpretação e do juízo jurídicos⁶⁸⁵. Com o que acaba por ficar igualmente intocado o problema praticamente mais relevante, que é o do juízo decisório que resolve o caso. Se a realização concreta do direito “não se cumpre apenas por uma compreensão significativa da sua normatividade”, pois “convoca uma problemático-concreta decisão normativo-judicativamente fundada”, já que “não se trata aí de um tão-só correcto compreender, mas de um justo decidir, de um justo decisório ou com concreta justeza problemático-normativa”⁶⁸⁶, qualquer contributo capaz apenas de explicitar as condições de toda e qualquer compreensão, sem nada dizer acerca do que se possa considerar uma normativamente adequada decisão jurídica, terá de ser considerada insuficiente e incapaz de dar conta dos problemas próprios da juridicidade. E nem era de se esperar que a hermenêutica em questão lhes desse alguma solução, pois tais problemas não integram nem marginalmente o conjunto de temas próprios dessa vertente do pensamento filosófico.

A hermenêutica filosófica não resolve, portanto, o problema normativo da metodológica realização do direito, pois não oferece critérios de justeza para a aferição ou crítica apreciação do juízo jurídico, deixando aberta a questão da validade normativa e da correção judicativa. E se a maior das suas contribuições foi a de ter elevado a problema filosófico o problema jurídico-metodológico da aplicação

⁶⁸⁴ “Com efeito, ao pensar a hermenêutica filosófica, nos termos em que sobretudo a explicitou Gadamer, tão-só o problema da *possibilidade* da compreensão [...] não considera, afinal, o *problema da validade*. O problema da validade crítica dos sentidos que a tradição cultural, posto que institucional e comunitariamente porventura dominante, condicionaria e acabaria mesmo por determinar. Pois que a compreensão, como *Vorstruktur* embora da existência humana, não impõe que todas as compreensões ou todos os sentidos obtidos segundo as condições que se reconheceriam nessa *Vorstruktur* hajam de ser igualmente aceitáveis ou sem que tenham de submeter-se à reflexão crítica que interroga pela sua *validade* e, portanto, igualmente pelos seus *fundamentos* específicos. [...] O que importa reconhecer é que há um iniludível problema de validade, qualquer que haja de ser a sua exacta solução, que a mais da explicitação das condições de possibilidade da compreensão em geral há que interrogar a validade da concreta compreensão feita ou a fazer e que é este agora um problema de fundamentação, não já só de compreensão, e que, como tal, ultrapassa, na sua exigência de reflexão crítica, os limites da hermenêutica só enquanto tal. [...] Quer dizer, terá, na verdade, de reconhecer-se que essa hermenêutica filosófica se fica pela *quaestio facti* e não atinge, nem resolve, a *quaestio iuris* da compreensão – diz-nos o que acontece e segundo que condições sempre que compreendemos, não dá resposta à questão da validade da compreensão-interpretação assim obtida” (Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, op. cit., pp. 412-5; idem, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 61-4).

⁶⁸⁵ Hruschka é claríssimo quanto a essa delimitação da “questão hermenêutica”: “non si tratta dei *criteri della correttezza* delle «interpretazioni», ma in assoluto delle *condizioni di possibilità* della comprensione dei testi giuridici” (Joachim Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, tradução de Raffaele De Giorgi, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 11/2).

⁶⁸⁶ Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, op. cit., p. 416.

do direito, não se pode esquecer que este estava já resolvido pela metodologia jurídica contemporânea quando Gadamer percebeu o significado exemplar da hermenêutica jurídica. Nem neste campo específico a hermenêutica filosófica pôde, então, dar um contributo relevante, pois se limitou a extrapolar para toda e qualquer compreensão uma constatação que a metodologia jurídica já havia alcançado relativamente à realização prático-judicativa do direito. Isso não retira da hermenêutica filosófica o mérito de ter confirmado e consolidado *a posteriori* as constatações já obtidas pela investigação jurídico-metodológica⁶⁸⁷, com o que acabou por contribuir para a superação do normativismo. Mas aquelas que são as aquisições e realizações próprias da hermenêutica filosófica não eram a rigor nem sequer necessárias para a definitiva superação da impositiva normativista, e além disso deixaram por resolver os problemas capitais do sentido do direito e da validade normativa do juízo prático-jurídico em que aquele sentido haverá de se realizar. Pois a validade axiológico-normativa e o sentido da normatividade constituintes do direito não os atingiremos ficando na imanência da prática jurídica e pela explicitação apenas do seu processo constituinte e da sua consistente continuidade histórica, sem criticamente a transcender aos próprios fundamentos axiológicos e normativos da sua intencional e válida constituição histórica⁶⁸⁸, e os limites da hermenêutica filosófica deixam-nos presos a um “historicismo compreensivo significante que criticamente se não transcende”⁶⁸⁹.

Há mais a dizer, contudo, acerca da hermenêutica filosófica, mas agora para acentuar que a rigor essa vertente do pensamento contemporâneo, tendo embora destacado as fragilidades do normativismo, acabou, inadvertidamente ou não, por reforçar a tendência moderna a ver na prática jurídica uma função eminentemente voltada à interpretação e à aplicação de textos normativos. Embora o problema jurídico decisivo seja normativo e não hermenêutico – o problema do justo decidir e não do correto compreender⁶⁹⁰ –, a ênfase implicada pela assimilação jurídica do pensamento hermenêutico é posta no fenómeno da compreensão dos textos

⁶⁸⁷ Conferir a esse propósito a apreciação crítica de Castanheira Neves em *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, op. cit., pp. 422 e ss.

⁶⁸⁸ Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, op. cit., p. 420; idem, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., p. 67.

⁶⁸⁹ Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., p. 68.

⁶⁹⁰ A. Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, op. cit., pp. 432-7.

jurídicos, obscurecendo a relevância prático-judicativa do caso e a autonomia da problemática que este suscita. Ainda que o texto já não se aplique lógico-dedutivamente, e tenha antes o seu sentido especificado mediante a consideração da problematicidade do caso por um intérprete cuja personalidade vá implicada no resultado, o modo de perspectivar a prática jurídica típico da hermenêutica é ainda o de uma impositação que tende a ver na tarefa do jurista a realização concreta de uma normatividade encerrada em textos legais. Mesmo que se admita que a aplicação do direito só se dê por equiparação entre a norma legal e o caso, não se conjugando uma ao outro sem adaptações capazes de enriquecer a norma com empiria e o caso com normatividade⁶⁹¹, permanecemos presos ao paradigma da *lex*, já que ao fim e ao cabo é sempre da aplicação de textos que se trata, com exclusão *a priori* da possibilidade de uma autônoma constituição normativa jurisprudencial e com o obscurecimento da prioridade prático-normativa da problematicidade do caso e do justo concreto. Tanto é assim que o direito resulta de uma *relação* entre a norma e o caso⁶⁹², o que significa dizer que a norma, com o caso, aparecerá aí nesse processo como “matéria-prima” do direito, e este virá então perspectivado como uma realização das possibilidades da lei⁶⁹³, excluindo-se, portanto, que a norma mesma possa, pelo menos a princípio, resultar de um direito encontrado no caso a despeito ou independentemente de qualquer norma ou texto legal. Ainda que, com certo distanciamento da tendência tipicamente hermenêutica, se reconheça o direito na própria coisa justa, na *actio iustitia* que dá em concreto o que é devido a alguém, esta *ipsa res iusta* em que o direito adquire plena realidade continua a ser

⁶⁹¹ Arthur Kaufmann, “Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações...”, op. cit., p. 192; idem, *Filosofia do direito*, op. cit., pp. 130/1; idem, “Ermeneutica e filosofia del diritto”, op. cit., pp. 23-5; idem, “Il diritto tra identità e differenza. Riflessioni su un tema non approfondito”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 90/1; idem, “Riflessioni per un fondamento ontologico dell’ermeneutica giuridica”, op. cit., pp. 161/2.

⁶⁹² “Assim compreendida, a realização do direito é um acto constituinte, no qual a norma e o caso são enquadrados pela historicidade. A norma hermeneuticamente enriquecida é diferente da norma primitiva, tal como o caso juridicamente decidendo apresenta uma nova dimensão relativamente à controvérsia que socialmente eclodiu. (...) Significa isto que o direito, no sentido exacto do termo, não se encontra nem só na norma, nem apenas no caso, mas na sua recíproca referência, na sua *relação*. Podemos ignorar aqui o problema de saber se a norma abstracta e o caso concreto, antes daquela sua transformação, são ‘realidades naturais’ ou objectos ‘contra-postos’. Um critério de decisão e um problema juridicamente qualificado é que eles não são com toda certeza, pois estas últimas categorias, diferentemente daquelas primeiras, manifestam o modo como a norma e o caso reciprocamente se *relacionam*. E é precisamente esta relação que constitui aquilo que nós chamamos ‘direito’” (Arthur Kaufmann, “Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações...”, op. cit., p. 193).

⁶⁹³ Arthur Kaufmann, “Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica”, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, tradução de Giovanni Marino, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 146-9.

perspectivada desde a lei, como que resultando de um *plus* de positividade que realiza a positividade potencial da lei⁶⁹⁴. O paradigma da *lex* vai expressamente reafirmado por Kaufmann quando, logo após asseverar que o direito em sentido próprio é aquele que se realiza num agir justo, a própria coisa justa, cita uma passagem já reproduzida de Hruschka para asseverar que a problemática da hermenêutica jurídica é constituída pela questão das condições de possibilidade da compreensão dos textos jurídicos⁶⁹⁵. E da mesma forma por Esser, ao representar a compreensão do direito ainda como uma valoração de uma situação de fato segundo uma norma legal, por mais problemática que possa ser aquela valoração e por mais que essa aproximação entre a norma e o fato dependa de uma interpretação que não pode vir de forma nenhuma predeterminada pela norma mesma e exige sempre uma precompreensão e uma consideração da *ratio legis* delimitadoras das suas possibilidades⁶⁹⁶. E mesmo Hruschka, a quem pertence o mérito de destacar que todo texto refere a algo e que, conseqüentemente, todo texto normativo refere a uma específica coisa que o autor muito designa “coisa direito”, com o reconhecimento de que o texto só tem sentido e relevância judicativa enquanto nos faça ver a coisa extrapositiva de que fala – consistindo nisso mesmo a sua compreensão – e porque algo nos comunica acerca do direito e das suas práticas implicações, não deixou, apesar disso, de reforçar o paradigma da *lex*, por acentuar que a compreensão que afinal nos importa é ainda uma compreensão de textos, pois é prioritariamente pela mediação dos textos jurídicos, e portanto por uma interpretação linguística desses textos, que a chamada “coisa direito” se faz normalmente ver⁶⁹⁷. O que ontologicamente é essa coisa direito é um problema que permanece fora do alcance da hermenêutica, como de resto já foi destacado e Hruschka confirma⁶⁹⁸, e a questão que mais decisivamente importa, que é a da justeza e da adequação do juízo prático que culmina na decisão que resolve um caso, fica não só por resolver mas acaba obscurecida e deixada à margem do discurso, já que apesar do reconhecimento de que a compreensão dos textos jurídicos se dá apenas se e quando uma realidade extrapositiva a que o texto refere

⁶⁹⁴ Arthur Kaufmann, “La «ipsa res iusta»...”, op. cit., pp. 105-7.

⁶⁹⁵ Arthur Kaufmann, “La «ipsa res iusta»...”, op. cit., pp. 110/1.

⁶⁹⁶ Esser, *Precomprensione e scelta del método...*, op. cit., p. 24.

⁶⁹⁷ Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., esp. p. 73.

⁶⁹⁸ Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., p. 54.

assim se revela – a comunicação da coisa direito pelo texto pode, afinal, falhar⁶⁹⁹ –, é ainda em tais textos que vai ser posta a atenção do jurista, uma vez que é pressupostamente por meio deles que o encarregado do caso será guiado até a coisa direito, e só adequadamente o resolverá, ao que tudo indica, se puder encontrar nos textos o que verdadeiramente expõem acerca do direito⁷⁰⁰.

Já as teorias da argumentação, com a sua racionalidade de índole procedimental, tentarão superar a questão da validade por referência ao consenso ou à ideia de um discurso racional. Importa saber, contudo, se essas teorias atendem satisfatoriamente à convocação pela hermenêutica de uma intersubjetividade discursiva capaz de resolver o problema da validade, e se de um modo ou de outro oferecem uma nova via satisfatória capaz de superar aquela alternativa entre o modelo da *lex* e o paradigma do *ius*.

2.2. As teorias da argumentação e o procedimentalismo jurídico

A superação da metodologia jurídica moderna descortinou a relevância prático-jurídica da argumentação. Se em direito não é normalmente possível a demonstração, e se portanto os problemas que emergem da prática jurídica e convocam a intervenção do jurista não se resolvem por meio de uma apodítica, é natural que a argumentação recupere o lugar que sempre teve em nosso domínio e venha à primeira linha das considerações jurídico-metodológicas, pois fora disso não há alternativa ao ceticismo e à funcionalização do direito. Uma racionalidade de cariz argumentativo não pode decerto proporcionar a certeza e a previsibilidade que a metodologia da subsunção prometia, mas, por outro lado, os problemas práticos em geral, tanto quanto os jurídicos em especial, não comportam soluções mais seguras e resistentes à crítica do que aquelas que resultam de um bom debate. Não se pode, portanto, sem prejuízo para a racionalidade da *praxis*, renunciar à confiabilidade que a argumentação normalmente confere às conclusões que sobrevivem a uma bem articulada confrontação crítica de pontos de vista relevantes. Se a problemática da

⁶⁹⁹ Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., pp. 74 e ss.

⁷⁰⁰ “Se la funzione dei testi giuridici positivi è quella di esprimere nel linguaggio «la cosa diritto», al fine di permettere che essa venga afferrata, questo compito è svolto se nella comprensione del testo il fenomeno giuridico di volta in volta intenzionato è stato veramente percepito...” (Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., p. 84).

praxis não suscita um adequado enfrentamento argumentativo das soluções que o caso jurídico em princípio admite, e se nesse enfrentamento não se revelam soluções capazes de afastarem outras perante as quais aquelas se mostram mais apropriadas, razoáveis ou justas, *justificando* suficientemente as escolhas que um jurista precisa sempre fazer no exercício das suas típicas atribuições, o momento judicativo da realização do direito fica obscurecido ou se perde e sobra apenas a decisão – uma decisão que assim vai atribuída à pura subjetividade do jurista e não passa de uma mera expressão dessa subjetividade, já que não resulta de um *juízo* acerca de algo que antecede e orienta quem decide. A decisão deixa de referir a uma validade fundamentante capaz de fundamentar material e concludentemente o decidido. O que vale, vale *por ser decidido*, não por ser expressão de uma validade em que a decisão se funda. É nisso que consiste o decisionismo. E assim a juridicidade, esvaziada de todo conteúdo material, por já não assimilar uma validade normativamente fundamentante, fica inteiramente vulnerável a todo tipo de uso e manipulação, e então se transforma e deforma, se funcionaliza, servindo a qualquer fim à maneira de um instrumento. As teorias da argumentação não só tentam responder às perguntas que a hermenêutica filosófica deixa por responder como se colocam também na linha de frente da resistência a essa funcionalização do jurídico ao qual voltaremos mais tarde, para uma mais detida consideração, por estar tão em voga em nosso tempo. Resta saber, então, se as teorias do discurso dão conta dos desafios abertos pela superação do normativismo e vão além de apenas descortinar a relevância da argumentação em nosso domínio, a ponto de substituírem-se ao normativismo e em concorrência com o paradigma sapiencial do *ius* oferecerem uma satisfatória nova compreensão da juridicidade.

2.2.a) A tópica jurídica de Theodor Viehweg

É geralmente reconhecido que a obra que mais decisivamente contribuiu para essa recuperação da argumentação no campo do direito foi a de Viehweg. Ao voltar-se para a tópica, na busca de uma compreensão adequada da estrutura da jurisprudência, Viehweg acreditava estar resgatando um modo de pensar próprio de um contexto espiritual completamente distinto daquele que forjou o espírito sistemático-dedutivo característico da modernidade. Esse modo de pensar que o paradigma científico moderno havia deixado para trás consubstanciaria uma técnica

do pensamento problemático em que consistiria a própria tópica, assim caracterizada por sua vocação para o enfrentamento de problemas que nunca perdem a problematicidade. Os problemas que requerem o emprego da tópica são, com efeito, aqueles que não podem ser definitivamente superados por simples dedução, pois as possíveis soluções que tais problemas admitem não decorrem de premissas certas. O máximo que se consegue é um enfrentamento do problema mediante a invocação e o confronto de opiniões ou pontos de vista igualmente problemáticos que se conservam ligados ao problema e servem como possibilidades de orientação ou fios condutores do pensamento, por sua adequação para tratamento da específica problemática de que se trate. Nisso consistem os *topoi*⁷⁰¹.

Aludindo a Aristóteles, Viehweg sustenta que esse modo tópico de pensar pertence ao domínio do dialético, não do apodítico⁷⁰². Nesse particular domínio, o modo apropriado de proceder para um satisfatório enfrentamento do problema consiste no confronto de opiniões acreditadas e verossímeis (*endoxa*) que, por isso, devem contar com a aceitação e podem conduzir a uma conclusão verdadeira. A índole da conclusão assim obtida é dialética, por decorrer de premissas verossímeis que conferem verossimilhança à solução dada ao problema. Não estamos, portanto, nem no campo das conclusões apodíticas, que são aquelas que decorrem necessariamente de premissas certas, nem no das conclusões erísticas, que, no outro extremo, são aquelas que partem de proposições só aparentemente opináveis ou que apenas parecem decorrer logicamente de proposições opináveis ou aparentemente opináveis, mas delas não decorrem verdadeiramente⁷⁰³. As conclusões dialéticas proporcionadas pelo enfrentamento tópico do problema não são, portanto, desprovidas de lógica. Ao contrário, se sustentam em premissas das quais logicamente decorrem. Mas as premissas das quais decorrem são elas mesmas problemáticas – em si mesmas ou no que concerne à sua pertinência e adequação para a solução do específico problema em questão.

⁷⁰¹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, pp. 24, 54 e 61.

⁷⁰² Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 38.

⁷⁰³ Aristóteles, *Tópicos*, em *Tratados de lógica (Órganon)*, t. I, tradução de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982, 100a-101a; Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 39/40.

A dedução só pode entrar em cena, evidentemente, quando as premissas já são conhecidas. A tópica vem antes – é *pré-lógica* – e tem lugar no momento em que se está a buscar as premissas pertinentes para um adequado enfrentamento de um problema cuja solução não pode ser obtida a partir de premissas inquestionáveis e inquestionavelmente aplicáveis àquele específico problema, mas apenas a partir de premissas que merecem aceitação por sua verossimilhança e devem ser trazidas à consideração por aparentemente conduzirem a uma solução apropriada. O campo próprio da tópica será, assim, o daquele círculo de problemas que não perdem a sua problematicidade, mas não por não poderem ser de modo algum resolvidos, e sim por só poderem ser resolvidos por referência a opiniões e pontos de vista igualmente problemáticos. E então não se trata de um modo de pensar exclusivamente lógico nem refratário à lógica, mas de um proceder intelectual peculiar em que as premissas que podem eventualmente conduzir a uma solução são testadas e questionadas a partir do problema e para solucioná-lo, de forma que se vai do problema para as premissas e delas de volta para o problema, até lograr-se alcançar uma solução suportada por premissas que acabam por ser aceitas em razão de sua verossimilhança e de sua aptidão para dar ao problema uma solução aceitável. Por isso se diz desde Cícero que a tópica é uma *ars inveniendi*⁷⁰⁴. A questão decisiva quando se trata de problemas daquela natureza passa a ser o de quais são os pontos de vista aceitáveis capazes de dar ao problema uma solução satisfatória. Aqueles pontos de vista vêm à discussão na forma de argumentos e são testados por sua pertinência e capacidade resolutiva⁷⁰⁵. Não se consegue então separar o momento em que as premissas são estabelecidas e o momento da sua lógica aplicação. Só se chega à identificação das premissas decisivas quando já se tem a solução do problema, pois não é possível resolvê-lo satisfatoriamente sem referência àquelas premissas, mas também não se sabe quais são elas nem quais são suas implicações até que uma solução emergja da contraposição dos pontos de vista relevantes e pertinentes que ao mesmo tempo suportam aquela conclusão e se consagram à maneira de premissas graças à adequação e aceitabilidade da solução que delas decorre.

⁷⁰⁴ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 46 e 63.

⁷⁰⁵ É esse, a nosso ver, o significado da caracterização da tópica, por Viehweg, como uma técnica do pensamento que “se orienta ao problema” (*Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 53).

Nós que ainda somos modernos tendemos, diante de algo assim, a perguntar qual é, afinal, o critério decisivo. Sentimos falta de um ponto de partida seguro, de uma corroboração firme, de uma eficaz garantia contra a incerteza. Não nos sentimos confortáveis com um discurso ou investigação que se limita a oferecer “conclusões que derivam de proposições que parecem verdadeiras de acordo com uma opinião acreditada”⁷⁰⁶. Um raciocínio incapaz de rigorosa demonstração, por não vir respaldado por aquilo que se sabe verdadeiro mas se mostra apenas plausível e conta, por sua verossimilhança, com a aceitação de todos ou meramente da maioria, dos mais sábios, da maioria destes ou dos mais conhecidos e respeitados dentre estes⁷⁰⁷, parece ao homem moderno algo insuficientemente consistente e indigno de confiança e credibilidade científica. Mas a alternativa ao tratamento argumentativo de todos aqueles intermináveis problemas que não comportam respostas rigorosamente demonstráveis só pode ser a renúncia ao enfrentamento racional e a rendição à pura decisão. E como essa alternativa contrasta com a índole do discurso jurídico, em que todo tempo são todos os envolvidos convocados a dar as *razões* do que sustentam, postulam e decidem, é natural que nos vejamos forçados a exaurir as tentativas de conferir racionalidade àquele discurso e à nossa prática, a despeito da impossibilidade de alcançarmos qualquer grau de certeza ou mesmo um alto grau de confiabilidade naquilo que asseveramos e nas decisões que acabamos por ter sempre que tomar. A argumentação aparece então como uma possível instância de controle, e aquele que porventura venha a ser considerado um adequado proceder argumentativo acaba por ser elevado à condição de garantia de racionalidade. A tópica aristotélica dá um exemplo disso. As conclusões dialéticas são aquelas que se obtém partindo de opiniões acreditadas (*endoxa*)⁷⁰⁸. O primeiro cuidado a ser tomado diz respeito, portanto, à credibilidade das opiniões a serem consideradas. Para que do enfrentamento do problema resultem conclusões dialéticas, em vez de conclusões erísticas, é indispensável discernir, dentre as opiniões disponíveis, quais merecem ser levadas a sério e deverão ser, por isso, admitidas na confrontação problematizante em que os diversos pontos de vista relevantes se encontrarão até emergir uma solução satisfatória para a questão suscitada. Uma precaução

⁷⁰⁶ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 40/1.

⁷⁰⁷ Aristóteles, *Tópicos*, op. cit., 100a-101a e 104a.

⁷⁰⁸ Aristóteles, *Tópicos*, op. cit., 100a-100b.

necessária diz respeito, então, à qualidade dos interlocutores. Espera-se que de interlocutores qualificados provenham opiniões dignas de consideração. Por isso Aristóteles assevera que não se deve discutir com qualquer um⁷⁰⁹, e ainda oferece um critério para a identificação das opiniões acreditadas e verossímeis – a já mencionada aceitação por todos ou pela maioria, pelos mais sábios ou pela maioria destes ou pelos mais conhecidos e respeitados dentre estes. Um adequado tratamento dialético das opiniões qualificadas por esse critério conferiria à conclusão resultante um alto grau de confiabilidade. E é nessa tônica dada ao consenso e ao procedimento argumentativo que as várias teorias da argumentação jurídica vão se encontrar para, de forma mais ou menos convergente, resolver o problema da validade dos juízos jurídicos e superar o incômodo causado pela incerteza. O consenso em torno de uma conclusão ou a observância de um certo procedimento conferem validade à decisão que naquela conclusão se funda ou que daquele procedimento resulta, mesmo quando porventura a problematidade do *thema decidendum* afasta para longe qualquer chance de certeza. A tópica jurídica percorre esse caminho, e em seu rastro vão as demais teorias da argumentação que pretendem resolver o problema da validade das decisões jurídicas.

Segundo Viehweg, tratando-se de problemas que emergem de situações que se alternam ou em casos particulares, a solução de cada um exige sempre um esforço voltado à busca dos pontos de vista apropriados, considerando as peculiaridades da situação ou do caso em questão. Os *topoi* são esses específicos pontos de vista que recebem sentido desde o problema e intervêm circunstancialmente, por sua adequação para resolvê-lo⁷¹⁰. A confrontação desses pontos de vista, e assim das razões que recomendam ou desaconselham cada uma das possíveis soluções, na busca de um critério aceitável por referência ao qual uma resposta se mostre capaz de afastar as demais e, por isso mesmo, conduza a uma conclusão satisfatória⁷¹¹, é o cerne daquela técnica do pensamento problemático que Viehweg chama de tópica. E, segundo ele, o problema fundamental da disciplina jurídica é um problema que só admite esse tipo de abordagem, pois se trata sempre

⁷⁰⁹ Aristóteles, *Tópicos*, op. cit., 164b.

⁷¹⁰ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 61.

⁷¹¹ Viehweg chama de *problema* toda questão que aparentemente admita mais de uma resposta mas que, apesar disso, deva ser levada a sério e para a qual deva-se buscar uma única solução (*Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 55).

do que vem a ser o justo aqui e agora. A pergunta por esse justo concreto se renova em cada caso jurídico, já que as circunstâncias relevantes estão sempre a mudar de caso para caso. O problema de que nos ocupamos é então um problema permanente ou sempre emergente, como de resto são os problemas práticos em geral, e a tópica será, nessa concepção, a chave para a compreensão da jurisprudência⁷¹². Viehweg chega até mesmo a confundir o que ele chama de jurisprudência com a própria tópica, pois a sua caracterização daquela primeira como um procedimento especial de discussão de problemas⁷¹³ sugere que a jurisprudência não passa de uma específica aplicação da tópica, diferenciada pelo particular problema do qual sempre se trata naquele domínio. Se o pensamento jurídico é essencialmente problemático, por versar sobre o que vem a ser o justo aqui e agora, e a tópica vem compreendida, por seu turno, como a técnica do pensamento problemático, parece natural a Viehweg a conclusão de que é preciso descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência. E é assim que Viehweg chega às seguintes implicações: (a) a estrutura geral da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema; (b) as partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, têm de permanecer vinculadas de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidas a partir dele; e (c) os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve sua vinculação com o problema, devendo-se evitar qualquer outra⁷¹⁴. O sistema jurídico será, por sua vez, um “sistema tópico”, ou seja, um sistema orientado aos problemas; organizado de acordo com os problemas e para solucioná-los, oferecendo uma combinação de pontos de vista (*topoi*) discutíveis; que se conserva em permanente movimento e cujas formulações respectivas indicam meramente os estágios progressivos da argumentação ao tratar de problemas particulares; que como tal pode ser chamado “aberto”, já que a discussão de problemas particulares está sempre aberta a novos pontos de vista; que renuncia à noção de um argumento final ou definitivo e recomenda um método de

⁷¹² Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 141/2.

⁷¹³ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 24.

⁷¹⁴ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 142.

argumentação que não procede dedutivamente mas dialogicamente; e cuja *ultima ratio* é, portanto, o *discurso razoável* (*vernünftiges Reden*)⁷¹⁵.

Não há dúvidas quanto às valiosas contribuições da tópica para a superação da metodologia jurídica moderna. Segundo Viehweg, a chamada aplicação do direito exige uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico que não se dá sem uma irrupção da tópica tanto no momento da interpretação quanto no momento do tratamento jurídico do contexto fático. E nessa forma de compreender o fenômeno esses momentos já não se separam como se a interpretação das normas dispensasse os fatos, e a descoberta dos fatos a interpretação. Esses momentos se confundem e dificilmente podem ser distinguidos, pois a compreensão dos fatos é orientada por uma compreensão provisória do direito como um todo, da mesma forma como em sentido inverso a compreensão dos fatos repercute sobre a compreensão do direito que dessa recíproca aproximação vai acabar por resultar. Viehweg sustenta que o modo tópico de pensar será encontrado por onde quer que se olhe isso que de fato acontece. A tópica se infiltra irremediavelmente nesse inventivo processo de aproximação, a ponto de quase nada restar do que seria um mero desdobramento lógico de um sistema dedutivo⁷¹⁶. E de fato não se pode colocar o acento no sistema, privilegiando a qualquer custo um logicamente adequado enquadramento sistemático do problema, para preservação da unidade e da coerência de um pressuposto conjunto ordenado de normas e conceitos, assim como não devemos pretender extrair de um ordenamento sistematicamente pressuposto largas deduções em cadeia, pois dessa forma perde-se a orientação ao problema e abre-se uma fissura entre o sistema e o problema que vai muito provavelmente resultar em conclusões inadequadas. O sistema deve ser continuamente perturbado pelo problema e isso se faz mediante uma constante busca de premissas realizada à maneira de uma *ars inveniendi* que Viehweg considera tipicamente tópica⁷¹⁷. Nessa permanente busca de premissas orientada a uma adequada solução dos problemas o sistema vai se reconstruindo continuamente. No confronto com o caso, o chamado sistema tópico a que alude Viehweg mais parece um acervo de premissas possíveis confrontadas à maneira de

⁷¹⁵ Theodor Viehweg, "Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico", tradução de Jorge M. Seña, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 127.

⁷¹⁶ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 131/2.

⁷¹⁷ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 62/3.

pontos de vista discutíveis. Essa percepção reflete muito fielmente o que de fato acontece quando o jurista vai ao sistema em busca da melhor solução para um problema concreto, se o faz sem perder a orientação ao problema e para dar ao caso um desfecho adequado. O desafio será então o de lidar com essa discutibilidade das possíveis premissas em que o sistema se converte quando desafiado por um caso, sem um completo sacrifício da racionalidade. A solução dada a esse desafio pela tópica jurídica e pelas teorias da argumentação em geral está naquilo que se convencionou qualificar como um “discurso racional” ou “discurso razoável”. A chamada racionalidade do discurso passa à condição de critério de adequação e razoabilidade da conclusão e, portanto, da solução que se dá ao problema. Parece-nos que só pode ser este o sentido da afirmação de que o “discurso razoável” é a *ultima ratio* do sistema.

É verdade que Viehweg não deixou de caracterizar a ciência do direito como “uma forma de aparição da incessante busca do justo”⁷¹⁸. Mas também é verdade que essa como as demais teorias da argumentação não reconhecem no justo uma validade independente ou mesmo a manifestação de uma validade capaz de *por si mesma* validar uma conclusão e a solução dada a um caso. A solução não é válida por ser justa ou por traduzir um êxito daquela incessante busca do justo. A *ultima ratio* é o próprio discurso, e não uma validade à qual o discurso refere com vistas à solução do problema e que num adequado confronto argumentativo se revela e vai especificando suas prático-normativas exigências concretas, e afinal aquilo que no caso é o justo. Isso fica muitíssimo claro quando Viehweg afirma sem meias palavras que toda argumentação tem sua *ultima ratio* no método de argumentar⁷¹⁹. O debate deixa de ser então apenas a única instância de controle. É o próprio critério de validade das conclusões. Aqui como em Aristóteles, o que legitima as premissas é a aceitação do interlocutor⁷²⁰. Mas, na tópica contemporânea, a aceitação já não legitima por dar sinais suficientes de verdade. Legitima, ao contrário, *por si mesma*, e não por constituir indício relevante da veracidade do que quer que seja. A aceitação é ela mesma o critério último de validade da premissa. Se a solução dada ao problema decorre de um adequado confronto de pontos de vista e

⁷¹⁸ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 135.

⁷¹⁹ Theodor Viehweg, “Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica”, tradução de Jorge M. Seña, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 172.

⁷²⁰ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 66/7.

resulta de premissas aceitas pelos interlocutores, o seu acerto ou a sua adequação já não podem ser postos em causa por referência a qualquer outro critério de validade além da adequação do próprio procedimento discursivo. Isso parece ser novamente corroborado quando Viehweg defende que a retórica proporciona a necessária complementação substancial da teoria do direito de Kelsen, pois o recurso à categoria retórica do *auditório* conferiria, segundo ele, uma certa racionalidade à criação *in concreto* do direito positivo: se o ato criativo que confere ao direito um determinado conteúdo material resulta de um processo argumentativo que reclama a aprovação de um auditório, evita-se o perigo de cair na irracionalidade⁷²¹. No que concerne, então, ao conteúdo, uma proposição jurídica é válida se é aceita. A aprovação por um auditório se torna, no que concerne ao conteúdo do ato criativo em questão, o critério de validade dos juízos jurídicos e das decisões que deles decorrem.

2.2.b) A lógica jurídica de Chäim Perelman

A aceitação em um contexto discursivo apropriado parece ser também o critério último da lógica jurídica defendida por Perelman. Já não estaríamos no campo da lógica formal, mas de uma “lógica do razoável”, compreendida como uma particular aplicação da teoria da argumentação⁷²². É a partir da teoria da argumentação que segundo Perelman devem ser compreendidos tanto a lógica jurídica quanto o raciocínio jurídico, porque em sua concepção a teoria da argumentação é aquela que respeita e manifesta o natural proceder da razão no direito⁷²³. No domínio da juridicidade estamos perante um discurso acerca dos valores e não do real, com a diferença de que, se no campo do real se tem de escolher entre o verdadeiro e o falso, o correto e o incorreto, no campo dos valores só o que se pode fazer é argumentar, oferecendo razões e empregando técnicas de argumentação que partem do que é aceito para reforçar ou enfraquecer a adesão a

⁷²¹ Theodor Viehweg, “La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho”, tradução de Jorge M. Seña, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 194/5.

⁷²² Chäim Perelman, “Direito, logica e argumentação”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 462.

⁷²³ María de los Ángeles Manassero, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chäim Perelman”, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª ed., Pedro Serna (dir.), Granada, Comares, 2005, p.58.

outras teses ou suscitar a adesão a teses novas⁷²⁴. A lógica jurídica nada mais será do que a teoria da argumentação em sua aplicação ao direito, por terem ambas no geral um mesmo objeto de estudo: as técnicas de racoamento que permitem alcançar uma decisão e justificá-la⁷²⁵. E justificar, no contexto das teorias da argumentação, significa, preferencialmente, convencer. O critério decisivo está na suscetibilidade de alcançar a adesão de um auditório. O raciocínio jurídico virá, então, caracterizado como um procedimento argumentativo de justificação de decisões mediante a persuasão ou o convencimento. O raciocínio jurídico se apresenta, nas palavras de Perelman, como um caso particular, muito elaborado, de raciocínio prático, que constitui não uma demonstração formal, mas uma argumentação que busca persuadir e convencer, àqueles a que se dirige, de que tal eleição ou atitude é preferível⁷²⁶.

A aceitação é muito mais provável no plano das premissas. Perelman destaca, com efeito, que será mais frequente o acordo sobre o ponto inicial da argumentação do que sobre as conclusões para as quais tende o discurso do orador. Por isso, a argumentação deve se desenvolver a partir de acordos preliminares⁷²⁷. Isso se aplica à lógica jurídica e à justificação das decisões judiciais. Em direito, é necessário equilibrar duas exigências. Uma de ordem sistemática, para a preservação de uma ordem jurídica coerente. E outra de ordem pragmática, mediante uma busca de soluções aceitáveis pelo meio, por parecerem justas e razoáveis. As decisões que porventura consagram tais soluções, dando um desfecho a um caso jurídico, devem satisfazer três auditórios diferentes: as partes, os profissionais do direito e a opinião pública. O juiz deve tomar a decisão que lhe parecer, ao mesmo tempo, a mais equitativa e a mais conforme ao direito em vigor⁷²⁸. Mas como do direito em vigor não se pode extrair uma solução equitativa por pura observância às exigências da lógica formal, e como não há, portanto, como alcançar a aceitação pela via da demonstração, o juiz precisa motivar a sua decisão

⁷²⁴ Chaïm Perelman, *Lógica jurídica*, tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 146/7.

⁷²⁵ Chaïm Perelman, "O que é a lógica jurídica?", *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, pp. 452/3; María de los Ángeles Manassero, "La nueva retórica como razonamiento práctico...", op. cit., p. 58.

⁷²⁶ Perelman, "El razonamiento jurídico", op. cit., p. 312.

⁷²⁷ Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., pp. 170 e 240.

⁷²⁸ Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., pp. 238 e 240.

de forma a torna-la aceitável⁷²⁹. Isso exige, por sua vez, uma identificação de pontos de partida aceitáveis. E é por isso que o momento decisivo da argumentação jurídica e da motivação das decisões judiciais se dá no estabelecimento das premissas conducentes a uma solução aceitável para o caso no quadro de um dado sistema jurídico⁷³⁰. O papel da lógica jurídica é, sobretudo, o de demonstrar a aceitabilidade dessas premissas⁷³¹, para, delas partindo, permitir que as decisões judiciais venham a se beneficiar de um *consenso*⁷³².

Até aí existe uma convergência quase completa entre Perelman e Viehweg. Mas Perelman vai um pouco além, pois sustenta que aquele acordo preliminar capaz de estabelecer as premissas para uma justificação argumentativa das decisões jurídicas deve se dar relativamente aos *valores* socialmente aceitos. A controvérsia jurídica suscita um debate concernente aos valores e o raciocínio jurídico terá caráter teleológico, na medida em que deverá conciliar o material jurídico disponível com os valores vigentes no contexto social em questão⁷³³. O direito é de fato referido, nessa concepção, aos valores que uma dada sociedade estima como razoáveis. Os valores e a hierarquia que em um específico contexto receberem esses valores darão unidade sistemática ao direito e conteúdo à *ratio iuris* por referência à qual será possível distinguir o espírito da letra da lei. Embora as normas jurídicas tentem precisar, por uma exigência de segurança, as condutas permitidas, obrigatórias e proibidas, mediante as quais se deseja realizar os valores que consubstanciam a *ratio iuris* do sistema, a todo momento surgem controvérsias acerca das exigências legais que não podem ser resolvidas pela lógica formal e convocam a intervenção autoritativa de um juiz, a quem será entregue a missão de hierarquizar e conciliar os valores que as regras relevantes devem proteger e essas

⁷²⁹ Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., pp. 222/3.

⁷³⁰ Chaïm Perelman, "O raciocínio jurídico", *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 432.

⁷³¹ "O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas" (Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., p. 242).

⁷³² "Em conclusão, na medida em que o direito é concebido como uma técnica visando proteger simultaneamente diversos valores, a lógica jurídica apresenta-se essencialmente como uma argumentação destinada a fundamentar decisões de justiça, para as fazer beneficiar de um *consenso*, o das partes, das instâncias judiciais supremas e, por fim, da opinião pública esclarecida" (Chaïm Perelman, "Ideias sobre a lógica jurídica", *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 485).

⁷³³ María de los Ángeles Manassero, "La nueva retórica como razonamiento práctico...", op. cit., p. 59.

mesmas regras, por referência àqueles valores⁷³⁴. É esse recurso aos valores socialmente prevaletentes que permitirá uma apropriada justificação argumentativa da decisão judicial: “Segundo os valores que possam prevalecer em uma sociedade [...] tais ou quais argumentos subministrarão as boas razões, permitindo justificar uma determinada decisão”⁷³⁵. Mas é fundamental notar que tais valores não validam a decisão. Decisão válida é decisão justificada, e decisão justificada é decisão aceita ou socialmente aceitável. Perelman corrobora essa conclusão quando assevera que o raciocínio prático é aquele que justifica uma decisão⁷³⁶. Se a decisão encontrasse a sua validade nos valores invocados por quem a justifica, o raciocínio prático viria antes compreendido como o andamento intelectual que leva daqueles valores fundamentantes às suas implicações práticas, e a justificativa seria antes uma tentativa de reconstruir o caminho percorrido em busca dessas implicações, e não um discurso voltado à aceitação da decisão mediante o recurso argumentativo a valores compartilhados pelo auditório circunstancialmente relevante. Perelman não deixa dúvidas quanto a isso quando sustenta que conciliar a lei com a justiça é o mesmo que tornar uma decisão socialmente aceitável⁷³⁷. O juiz, no exercício típico de sua atribuição, não toma decisões por referência a valores dos quais aquelas extraem a sua validade, já que busca prioritariamente a aceitação social daquilo que foi decidido: “fundamentar um julgamento é justificá-lo... É persuadir um auditório, que é preciso conhecer, de que a decisão está conforme com as suas exigências”⁷³⁸. Os valores a que a decisão refere e que dão amparo à justificação não têm, portanto, senão uma relevância funcional. O juiz deve com eles conciliar a lei e por referência a eles justificar a sua decisão porque é esse o caminho argumentativo conducente à aceitação social do que foi decidido. Então a aceitabilidade resultante de um esforço argumentativo voltado ao convencimento será o derradeiro critério de validade da decisão tomada. Em última instância, pode-se então perguntar por que a aceitabilidade da decisão aparece aí na condição de critério último de validade das

⁷³⁴ Perelman, “El razonamiento jurídico”, op. cit., pp. 311/2; idem, “A interpretação jurídica”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 567.

⁷³⁵ Perelman, “El razonamiento jurídico”, p. 313.

⁷³⁶ Chaïm Perelman, “O raciocínio prático”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 254; idem, “O raciocínio jurídico”, op. cit., p. 432.

⁷³⁷ Chaïm Perelman, “A lei e o direito”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 408.

⁷³⁸ Chaïm Perelman, “A fundamentação das decisões de justiça”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 511.

decisões jurídicas, e a isso Perelman responde que o juiz tem por missão dizer o direito em linha com a consciência da sociedade, pois o seu papel é afinal o de estabelecer a paz social, e isso só se consegue convencendo as partes, o público, os seus colegas e os seus superiores da razoabilidade das suas decisões⁷³⁹, não restando alternativa a essa se o que se pretende é uma jurisdição democrática, já que em uma sociedade democrática o direito deve ser socialmente aceito e não somente imposto por coação⁷⁴⁰.

2.2.c) A teoria do discurso racional de Robert Alexy

Assim como Perelman vê na “lógica jurídica” não mais do que uma aplicação ou particular versão da teoria da argumentação, Robert Alexy considera o discurso jurídico um “caso especial” do discurso prático em geral, já que tanto um quanto o outro se ocupam da correção das proposições normativas, e aquele vai neste integrado embora sujeito a condições limitativas racionais e necessárias que não se aplicam ao discurso prático em geral⁷⁴¹. Desafiado pelo problema da “legitimidade” das decisões judiciais, Alexy procura desvendar o que se deva entender por uma argumentação jurídica racional⁷⁴², assumindo nesses termos, desde logo, o pressuposto de que a validade de uma específica decisão provém da conformação do discurso a certas condições das quais retira a sua racionalidade. Um apropriado estabelecimento de tais condições permitirá discernir aquilo que confere objetividade aos juízos que redundam nas decisões, embora esses juízos consubstanciem uma escolha entre alternativas possíveis e encerrem valorações moralmente relevantes. O que parece mover o projeto em questão é um profundo incômodo com a incontornável problematicidade dos juízos valorativos. A dúvida relativa à correção das decisões em que se consubstanciam aqueles juízos não parece poder ser superada por referência às valorações de uma dada comunidade ou de um determinado grupo (Engisch); nem mediante um recurso ao nexos valorativo interno ou à unidade de sentido do ordenamento jurídico (Wieacker, Larenz); nem por

⁷³⁹ Chaïm Perelman, “Direito, lógica e epistemologia”, *Ética e direito*, tradução de João C. S. Duarte, Lisboa, Piaget, s/d, p. 472.

⁷⁴⁰ Perelman, *Lógica jurídica*, op. cit., p. 241.

⁷⁴¹ Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, tradução de Massimo La Torre, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 16 e 19-21.

⁷⁴² Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., p. 03.

invocação de um ordenamento objetivo de valores, quer seja ele independente do direito ou encerrado na Constituição ou no ordenamento jurídico como um todo ou ainda explicitado por princípios de direito natural objetivamente cognoscíveis; nem, por fim, pode a problematidade de nossos juízos práticos vir eliminada por conhecimentos empíricos, já que deles não se pode extrair nenhuma premissa normativa segura ao mesmo tempo em que podem ser sempre tiradas diferentes consequências normativas. É preciso então encontrar outro caminho⁷⁴³.

Segundo Alexy, o que faz do discurso jurídico um caso particular do discurso prático geral é a circunstância de se mover a argumentação jurídica no interior de uma série de condições limitativas – a lei, os precedentes, a dogmática e, desde que se desenrole em um processo, as normas do direito processual. O problema assumido é então o de desvendar o que torna uma proposição jurídica racionalmente motivável em consideração daquelas condições limitativas. A resposta de Alexy passa pela ideia de que uma proposição normativa racionalmente motivável é aquela que suporta um enfrentamento argumentativo orientado por regras e formas que representam algo similar a um código da razão prática que de modo nenhum determina o resultado da argumentação, mas pode ser aprovado por pessoas com ideias normativas completamente diferentes, e define um procedimento decisório que permite considerar “racional” qualquer discussão e opera como critério de correção das proposições normativas. Assim, uma norma ou mesmo um singular preceito que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerado justo (*gerecht*)⁷⁴⁴.

A teoria do discurso racional proposta por Alexy se considera *normativa*, na medida em que estabelece as *regras* que orientam aquele discurso⁷⁴⁵. As primeiras dessas regras aplicam-se ao discurso prático em geral⁷⁴⁶. Ocorre que a possibilidade de produção de soluções cogentes mediante o emprego das regras do discurso prático geral é muito limitada, e por isso são necessárias regras jurídicas capazes de reduzir ainda mais o âmbito do que é argumentativamente possível. É assim que

⁷⁴³ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 09-15.

⁷⁴⁴ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 17-20.

⁷⁴⁵ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., p. 142.

⁷⁴⁶ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 148 e ss.

se dá a passagem do discurso prático geral ao discurso especificamente jurídico⁷⁴⁷. Os enunciados normativos propostos, afirmados ou pronunciados como juízos jurídicos têm uma pretensão de correção, referida à possibilidade de justificação racional *no âmbito da ordem jurídica vigente*⁷⁴⁸. O discurso jurídico vai então orientado por inúmeras regras e formas argumentativas aplicáveis ao discurso prático geral, mas incorpora, além delas, regras e formas concernentes à interpretação da lei, à argumentação dogmática, ao emprego de precedentes e, ainda, formas argumentativas especiais desenvolvidas pela metodologia jurídica⁷⁴⁹. E na linha do que sustentam em geral as teorias da argumentação, Alexy avança a tese de que a observância dessas regras e formas confere racionalidade ao discurso e *correção* ao juízo que dele resulta. A teoria do discurso em questão é, com efeito, uma teoria procedimental: um juízo prático-normativo é racional e, portanto, correto, se resulta de um procedimento argumentativo conforme às regras e formas do *discurso racional*. A razão prática é assim reconfigurada para passar a significar a faculdade que permite chegar a juízos práticos de acordo com um particular sistema de regras discursivas. A *fundamentação racional* que permite considerar correto o juízo prático-normativo advém da observância de um discurso orientado por regras concernentes à estrutura dos argumentos e ao procedimento discursivo⁷⁵⁰. Correção não é, contudo, o mesmo que certeza, pois afinal nada exclui que a observância das regras do discurso racional resulte em juízos contraditórios. E, nesse caso, ambos estarão corretos. Então a teoria do discurso não se limita a excluir a certeza do domínio da *praxis*. Também a possibilidade de uma correção substancial, daquilo que Alexy designa uma correção absoluta de caráter não procedimental, é firmemente rechaçada. A correção só tem caráter absoluto enquanto *ideia regulativa*: os participantes de um discurso prático devem satisfazer a pretensão de que a sua resposta seja a única correta, independentemente da existência de uma tal resposta. A teoria do discurso tem, portanto, em sua base, uma concepção “procedimental absoluta” da correção, e, uma vez que o discurso racional pode resultar em juízos contraditórios, não admite nenhuma correção substancialmente absoluta. No discurso real, o melhor que se consegue é uma correção procedimental relativa: a

⁷⁴⁷ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 164/5 e 225/6.

⁷⁴⁸ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 170-5.

⁷⁴⁹ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 185-223.

⁷⁵⁰ Robert Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., tradução de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 136/7.

resposta correta é uma resposta discursivamente possível, e assim poderão coexistir tantas respostas corretas quantas forem as respostas discursivo-procedimentalmente possíveis. A observância das regras e formas do discurso proporciona de fato uma restrição do que é discursivamente possível, e com isso se obtém uma correspondente redução da irracionalidade, mas sem afastar de todo a incerteza ao mesmo tempo em que, mediante um apropriado emprego daquelas regras e formas, vai excluído o erro, justificando-se um conceito de correção relativa ao procedimento que, relativamente ao procedimento, é absoluta. O juízo prático-normativo é, em suma, absolutamente correto *relativamente ao procedimento*: se resulta de um procedimento argumentativo conforme às regras e formas do discurso racional, está necessariamente correto, mesmo que não possa ser considerado substancialmente correto, já que do mesmo procedimento poderia resultar outra resposta contraditória mas igualmente correta, e não há nenhum critério de racionalidade e correção para além da própria observância do procedimento⁷⁵¹. Correção é aqui, como se vê, o mesmo que consistência argumentativa. E é por isso que a justificação racional de um juízo normativo se reduz à observância de um procedimento argumentativo. As regras e formas do discurso não são válidas por conduzirem à verdade ou à justiça. De fato, assevera Alexy, não existem verdade e justiça como escopos, de um lado, e, de outro lado, como indicações de meios, regras segundo as quais a verdade ou a justiça possam ser produzidas ou alcançadas. Ao contrário, diz ele, “justo ou verdadeiro é isto que vem produzido ou alcançado segundo estas regras”⁷⁵². Se uma discussão é conforme às regras e formas do discurso racional, o resultado assim alcançado terá de ser considerado correto⁷⁵³. As regras e formas do discurso jurídico constituem então o critério de correção das decisões jurídicas⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 140/1; idem, “Postfazione alla seconda edizione (1991): risposta ad alcune critiche”, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, tradução de Massimo La Torre, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 248 e 255-7.

⁷⁵² Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 141/2.

⁷⁵³ E assim poderá Alexy aderir, por razões e em sentido embora diversos aos de Dworkin, à tese da *one right answer*: cumpridas as procedimentais “exigências da razão prática”, obter-se-á uma resposta correta relativamente ao procedimento, e já que este procedimento discursivo é ele mesmo o único critério de correção, tomar-se-á aquela resposta relativamente correta como a única correta (Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, tradução de Manuel Atienza, *Doxa* 5 [1988]).

⁷⁵⁴ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., p. 231.

Mas se a correção e, com ela, a validade dos juízos e decisões jurídicos, decorre da observância das regras e formas do discurso jurídico, cabe perguntar de onde tiram sua validade essas tais regras e formas. Se o procedimento discursivo não garante a correção substancial do resultado, por que deveríamos nos submeter às regras do procedimento discursivo? Alexy propõe uma resposta a essa questão que tem em seu núcleo uma “justificação pragmático-transcendental débil” das regras e formas do discurso racional. O argumento pragmático-transcendental postula a validade universal das regras do discurso por sua vinculação a duas premissas. A primeira afirma que quem faz asserções e se engaja em justificações se insere necessariamente em um jogo que é definido pelas regras do discurso. A segunda liga as regras do discurso a uma particular ideia acerca do que constitui a “forma mais geral de vida humana”: é necessário fazer asserções e efetuar justificações porque quem, durante a vida, não faz nenhuma séria asserção e não dá nenhuma séria justificação, não toma parte naquela forma de vida⁷⁵⁵. Alexy reconhece, contudo, que a essa parte nuclear da fundamentação das regras e formas do discurso é necessário agregar ulteriores argumentos, pois fica ainda por esclarecer por que deveria alguém se engajar em um procedimento argumentativo de solução de conflitos quando, na prática, é insustentável o pressuposto de que todos tenham interesse na correção⁷⁵⁶. Uma vez que na compreensão em causa não há espaço para radicar a validade de um procedimento argumentativo na sua aptidão para trazer ao conhecimento a verdade ou a justiça, e a correção que aqui se admite é apenas uma correção procedimental, sem valor independente como a que teria uma correção de tipo substancial, por sua ligação à realidade, as regras e formas do discurso só podem ser mesmo consideradas válidas por referência a um fato empírico de cariz utilitário: o número de pessoas comprometidas com a correção, e que têm, portanto, interesse em conduzir o discurso de modo não-estratégico, é tal que para os que querem conduzi-lo estrategicamente vale a pena comportar-se como se para eles as regras do discurso valessem também

⁷⁵⁵ Alexy, “Postfazione...”, op. cit., p. 259; idem, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, op. cit., pp. 143-7.

⁷⁵⁶ Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, op. cit., p. 148.

subjetivamente⁷⁵⁷. E assim a maximização individual das utilidades conduz ao “reino da argumentação”⁷⁵⁸.

Em última instância, essas regras e formas do discurso integrarão o próprio conceito de direito e constituirão os critérios últimos de validade das normas e decisões jurídicas. Alexy faz depender do direito a “realização da razão prática na realidade”. Mas, para isso, as regras e formas do discurso racional precisam integrar constitutivamente o sistema jurídico. O direito é, portanto, um sistema composto por normas que formulam uma pretensão de correção e devem ser elas mesmas o resultado de um processo de produção que realize o quanto possível o ideal da racionalidade discursiva⁷⁵⁹. E nesse sistema incluem-se todas aquelas normas procedimentais em que se apoiam ou têm de se apoiar o processo de aplicação do direito a fim de que as decisões jurídicas satisfaçam aquela mesma pretensão⁷⁶⁰. Da produção legislativa à atividade judiciária é sempre, portanto, a racionalidade procedimental da teoria da argumentação que confere validade às normas e decisões. Convivemos ainda mal com a incerteza, e por isso a natural constatação de que não são possíveis teorias materiais das quais pudessem resultar com certeza intersubjetiva uma única e exata solução para toda questão de índole valorativa exige um procedimento de validação das decisões sem o qual a única alternativa é o ceticismo radical do relativismo e do subjetivismo⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ Alexy, “Postfazione...”, op. cit., pp. 262/3.

⁷⁵⁸ Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, op. cit., pp. 148-9.

⁷⁵⁹ Alexy, “Postfazione...”, op. cit., pp. 267/8.

⁷⁶⁰ Esses dois aspectos do conceito de direito integram a definição proposta por Alexy: “El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección” (“El concepto y la validez del derecho”, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., tradução de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 123).

⁷⁶¹ Alexy é suficientemente explícito nesse sentido: “La cuestión de la posibilidad de un procedimiento de aplicación del derecho que asegure la racionalidad conduce, pues, a la cuestión de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor. Durante mucho tiempo, la discusión de esta cuestión ha estado afectada por una estéril contraposición de dos posiciones básicas presentadas en siempre nuevas variaciones: de las posiciones subjetivistas y relativistas por una parte y de las posiciones objetivistas y cognocitivistas, por otra. Sin embargo, no hay ningún motivo para adoptar una tal actitud de todo o nada. Por cierto, no son posibles teorías morales *materiales* de las que pudiera obtenerse con certeza intersubjetiva exactamente una solución para toda cuestión moral. En cambio, son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación práctica racional. Una versión especialmente promisoría de una teoría moral

A incerteza acerca do bem e do mal, do justo e do injusto, levou, com efeito, a um fechamento para a realidade das coisas propriamente humanas, e com isso o discurso deixou de ser uma via de acesso ao bem e ao justo para se tornar ele mesmo o critério decisivo da bondade e da justiça de todas as decisões. O confronto argumentativo já não é um meio privilegiado de abertura para uma realidade que precede o debate. Já não serve à compreensão das exigências morais e jurídicas. Passou, assim, a ser o próprio critério de moralidade e de juridicidade de toda e qualquer decisão. A teoria do discurso racional não passa, a rigor, de uma tentativa de *assegurar* a racionalidade prática apesar da constatação de que nenhuma “teoria material” pode nos dar o conforto de uma “certeza intersubjetiva” – o “núcleo da teoria do discurso”, assevera Alexy, é um sistema de regras e princípios discursivos cuja observância “assegura a racionalidade da argumentação e dos seus resultados”⁷⁶². Os resultados da argumentação podem ser assim considerados certos apesar da incerteza. No lugar da incerta correção material coloca-se uma correção procedimental que em si mesma é absoluta. É nisso que consiste a já mencionada concepção “procedimental absoluta” da correção.

2.2.d) Uma breve consideração de conjunto

São várias as vertentes das chamadas teorias da argumentação. Mas já que não se trata aqui de explorar todas as inúmeras variações de cada uma das propostas jurídico-metodológicas que viriam a resultar do esforço de superação do método jurídico positivista, acreditamos poder-nos limitar à apresentação do que propuseram Viehweg, Perelman e Alexy. Já não temos dúvida de que sem um cuidadoso empenho argumentativo a adequada realização prático-judicativa do direito é um “exercício impossível”⁷⁶³. E para a recuperação dessa outrora esquecida obviedade aqueles pensadores e os demais cultores das teorias da argumentação deram e continuam a dar a mais relevante contribuição. De todo modo, a apreciação de conjunto do contributo dos pensadores que se movem dentro desse horizonte de perspectivas não requer que de cada um deles se fale, mais ainda quando, como no

procedimental es la del discurso práctico racional” (“Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., tradução de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 175).

⁷⁶² Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica”, op. cit., p. 175.

⁷⁶³ Fernando José Bronze, *Pensamento jurídico (teoria da argumentação)*, Coimbra, 2003, p. 93.

caso, se trata apenas de questionar os pressupostos e implicações fundamentais comuns daquelas relevantes teorias. E o primeiro dos compartilhados pressupostos que assim queremos notar é a rejeição de uma validade material a que o discurso refira e em que os argumentos possam buscar a sua corroboração. A pressuposição de uma validade normativamente fundamentante a que porventura refira o juízo prático certamente não suprime a relevância judicativa da argumentação. Muito pelo contrário: podem ser incertas aquela validade mesma e também as suas implicações práticas, com a consequência de que igualmente incertos serão em geral os juízos prático-normativos acerca do que é devido ou exigível nas contingentes circunstâncias de um específico caso concreto. E no amplo domínio de tudo aquilo que é incerto e contingente pode não haver melhor instância de controle do que o discurso e a argumentação. Mas o valor e a pertinência que aí se atribuirão ao empenho discursivo e ao confronto argumentativo serão subordinados à sua aptidão para conferir às conclusões que eventualmente autorizem um grau satisfatório de verossimilhança ou, para valerem-nos de uma terminologia mais usual e melhor aceita, de razoabilidade. A argumentação se justifica e encontra um lugar privilegiado precisamente naquelas circunstâncias e naqueles círculos problemáticos em que carecemos de critérios por referência aos quais possamos confiadamente afirmar algo com certeza. E é isso o que ocorre no âmbito da juridicidade. Mas costumamos dizer que uma ação ou decisão é conforme ao direito, e não conforme ao discurso. O discurso não é a instância de validade, mas apenas uma possível instância de controle da validade dos nossos juízos acerca da juridicidade e de suas prático-normativas exigências concretas. Pode ser tanto um privilegiado meio de chegar com algum grau de confiabilidade àqueles juízos quanto o modo preferencial de controle da validade dos juízos a que se tenha porventura chegado, com ou sem uma intersubjetiva mediação discursiva. Mas a ação não é a devida nem é correto o juízo acerca da ação devida porque este juízo ou aquela ação derivaram de um procedimento discursivo. Na medida em que as teorias da argumentação vão se afastando dessas básicas pressuposições e começam a progredir de uma primeira asseveração da problematicidade do direito e da relevância da prática argumentativa para uma completa supressão de qualquer instância de validade material, com a transformação do discurso ou das suas regras em sucedâneo do direito – um juízo é válido ou correto não por sua conformidade ao direito, mas porque resulta de um discurso –, vamo-nos aproximando da transformação da prática jurídica e do

confronto argumentativo que a entretece em um completo *nonsense*. Pois afinal que sentido teria debater acerca de algo se o que a respeito venha a ser dito ou decidido será correto não por resolver adequadamente o problema debatido, mas simplesmente porque se debateu bem ou suficientemente? Existe uma fundamental diferença entre *considerar* uma conclusão correta por ter resultado de um bom debate, na pressuposição de que o enfrentamento argumentativo incrementa as chances de êxito e confere um alto grau de confiabilidade às conclusões, e a asseveração da correção de uma conclusão apenas porque afinal resultou de uma prática argumentativa. Se não existe uma realidade ou uma instância de validade para além do discurso e para a qual os interlocutores se abrem enquanto argumentam, tudo não passará de uma enganosa encenação⁷⁶⁴.

Compreende-se que as teorias da argumentação queiram resolver um problema epistemológico e superar o incômodo decorrente de nossa moderna obsessão pela certeza. Mas no ponto a que chegam a argumentação não tem mais nenhuma razão de ser. O seu papel seria pressupostamente o de nos permitir predicar a verdade ou a correção *a despeito da incerteza*: embora não possamos dizer com certeza que um juízo é conforme ao direito e *por isso* correto, podemos supostamente dizer que resulta de uma adequada prática argumentativa e é *por isso* correto. Nem vem ao caso o problema da fundamentação ou da correção das regras do discurso, pois antes dele se coloca o problema decisivo da relevância e da razão de ser de uma prática voltada à justificação de um juízo cuja correção não depende em nada daquilo sobre que ele versa. A julgar pelo que afinal propõem as teorias da argumentação, o discurso só tem valor porque em razão dele podemos dizer que é correto o que quer que dele resulte, quer seja correto quer não e independentemente de qualquer consideração acerca do que naquele específico domínio deve-se ter ou não por correto. E o que isso tem de mais grave é novamente aquele tipicamente moderno fechamento para uma capital dimensão da realidade. Na busca da certeza acerca do que não podemos ter por certo eliminamos o fator de incerteza: fechamo-nos para o problema do bom e do justo e com isso seccionamos a realidade, ficando apenas com aquela parcela do todo que somos

⁷⁶⁴ É nesse sentido a crítica de Castanheira Neves à compreensão do direito como discurso: “a validade normativa ou de todo o modo a normatividade que seria o próprio objecto discursivo vai [...] fundamente pressuposta e a possibilitar o próprio discurso” (Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 22/3).

capazes de aferir com segurança. Não podemos dizer se um juízo prático-normativo é verdadeiro ou correto ou se a ação que lhe corresponde é boa ou justa por referência ao que é bom ou justo, porque acerca dessas dimensões da realidade não podemos ter certeza, mas apesar de tudo podemos quem sabe dizer que um certo juízo é correto por sua vinculação a uma certa prática argumentativa. O plano da validade material que é aquele que se descortina mediante uma abertura para a realidade do bom em geral e do justo em particular vai assim posto de lado ou é substituído por uma validade procedimental que prescinde de qualquer consideração acerca do que é bom ou justo e por isso intencionalmente nos fecha para aquela parcela da realidade. O problema é que, conforme veremos mais à frente, o direito é uma validade material que se descortina em abertura para a realidade do justo, e por isso as teorias da argumentação, ao suprimirem essa realidade e com ela aquela validade, esquecem o direito em vez de contribuírem para aquela abertura mediante uma necessária explicitação da verdadeira relevância da argumentação e das práticas argumentativas que contribuem para que a juridicidade venha à epifania⁷⁶⁵.

2.3. O funcionalismo jurídico

O funcionalismo tem, como o normativismo, as suas pressuposições culturais, a começar por uma virada tipicamente moderna relativa à inteligibilidade do ser, que viria agora considerado sobretudo pelos resultados que produz ou por seus possíveis efeitos, abrindo-se assim a possibilidade de uma compreensão funcional de tudo e privilegiando-se uma racionalidade de tipo instrumental, para a qual viria também a concorrer uma nova compreensão do homem que substituiria a metafísica da receptividade ontológica por uma outra em que o ser e o mundo se tornam tarefas ontológicas de um agente livre que nessa sua constitutiva liberdade tudo subordina e funcionaliza⁷⁶⁶. Os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjectivas, e com isso as categorias tradicionais por quais se perspectivava a *praxis*

⁷⁶⁵ Afinal, não há crítica capaz de eliminar a capital dimensão argumentativa da racionalidade prático-jurídica: “a crítica mais elaborada à suficiência da impositação argumentativa não infirma, do seu próprio ponto de vista, a existência de uma dimensão [...] argumentativa na racionalidade metodológico-juridicamente adequada” (Fernando José Bronze, “Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? [tópicos para um diálogo pedagógico]”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXVI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2000, p. 22).

⁷⁶⁶ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 209-12; idem, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., pp. 31-6.

deixam de ser as do bem, do justo, da validade axiológico-normativa, e passam a ser as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da *performance*⁷⁶⁷. O império da subjetividade estabelece-se então em todos os domínios, com inúmeros corolários práticos e muitas traduções, na forma de pragmatismos e utilitarismos de todo tipo, dos quais não deixam de ser manifestações a hipertrofiada absolutização dos direitos individuais e o mais recente materialismo utilitarista do bem-estar que transforma interesses e necessidades existenciais em direitos fundamentais e coloca o Estado a seu serviço, como se tudo em última instância se resolvesse mediante a convocação instrumental de meios para dar a cada um o que precisa para desfrutar do mundo em liberdade e autonomia⁷⁶⁸ – e isso apesar da paradoxal dependência em que o indivíduo vai assim posto e dos riscos de funcionalização dele mesmo para a realização de programas sociais que privilegiam a "sociedade" em detrimento da pessoa, ainda que a pretexto de alcançar às pessoas, amalgamadas numa coletividade sem face, bens ou comodidades que supostamente deveriam ser fruídos por todos em razão da dignidade de cada um. Mas essa é apenas uma das expressões possíveis de um certo funcionalismo, e não se pode recusar que há uma pluralidade de funcionalismos jurídicos, em que se consubstanciam e desdobram, inclusive, diferentes conceitos de função⁷⁶⁹. O que todos, porém, têm em comum, é o tomar o direito por instrumento, subordinando-o a teleologias que de fora ou heteronomamente o convocam⁷⁷⁰. E é isso que acontece, conforme aprendemos com Castanheira Neves, quando o direito deixa de ter funções e de cumprir tarefas que porventura se lhe possam imputar em razão daquilo que ele é ou do modo como a si próprio se manifesta na realidade humano-social, para assumir como se seus fossem objetivos ou fins transjurídicos, sejam eles políticos, sociais, econômicos ou

⁷⁶⁷ “[S]e a compreensão pré-moderna referia a acção prática a uma pressuposta ordem de sentido onto-teleológico em que *ens* e *bonum* se identificam (*ens et bonum convertuntur*) [...], o homem moderno foi posto perante um mundo de facticidade empírica e de causalidade, e por isso axiologicamente neutro [...], a que se opunha o contrapólo da sua subjectividade, tornada, aliás, a última instância no sentido da acção e da fundamentação [...]. [O]s fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjectivas [...], enquanto a acção se entende relativamente a esses fins como ‘possibilidade causal’, i. é, funcional ou técnica [...], e se avalia pela sua eficiência quanto aos objectivos e a sua eficácia nos efeitos. As categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da *performance*” (Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., pp. 34/5).

⁷⁶⁸ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 212; idem, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., p. 36.

⁷⁶⁹ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 213-9.

⁷⁷⁰ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., pp. 30/1.

outros, submetendo a juridicidade a uma intenção *regulativa* que acaba por implicar seja um certo “direito” constituído, organizado e operado para que assim cumpra instrumentalmente funções *programaticamente* estabelecidas, e não tarefas meramente reconhecíveis como suas por ser o direito aquilo que ele é e que ele acaba por verdadeiramente cumprir por seu modo de ser, independentemente de qualquer pergunta pelas funções que antes e apesar disso ele *deveria* realizar⁷⁷¹. A pergunta mais elementar que se pode fazer acerca do direito – o que é ele afinal? – se converte em outra: o direito *para que serve?* E assim se estabelece uma nova perspectiva intencional: aos *valores* substituem-se os *fins* e aos *fundamentos* os *efeitos*⁷⁷², com a consequência de que a *praxis* deixa de orientar-se por uma autônoma validade material⁷⁷³ – já que o próprio direito deixa de sê-lo para converter-se em *instrumento* – e, num plano mais geral, a ordem dá lugar à planificação, à programação pragmática da sociedade que venha a ser determinada pela intenção particular dos encarregados da “organização” social⁷⁷⁴. Com o que a tradicional compreensão do direito “como ordem normativa de validade que assimila e objectiva um *sentido*” vai também toda ela substituída por uma nova concepção que vê no direito apenas um “disponível e funcionalizado instrumento de programação da prática social ao serviço de objetivos também sociais os mais diversos e em si não jurídicos, mas políticos, sociais em sentido estrito, económicos, etc.”⁷⁷⁵.

Se assim não conseguimos ainda uma caracterização global do funcionalismo jurídico, deixando por considerar pormenores acerca da racionalidade que lhe

⁷⁷¹ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 219-24.

⁷⁷² Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 224/5.

⁷⁷³ “Por seu lado, os fundamentos traduzem pressuposições de validade, teórica ou prática, que por uma mediação discursivo-argumentativa hão de sustentar a conclusão material do juízo ou o sentido da acção, enquanto que os efeitos são resultados empiricamente comprováveis pelos quais se logra ou não a realização eficaz dos fins/objectivos” (Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 225).

⁷⁷⁴ Para essa caracterização Castanheira Neves vale-se da distinção de Hayek entre *taxis* e *kosmos/nomos*: “Uma ordem normativa como *nomos* ou instituinte de uma normativa validade universal sem um identificável fim particular, por um lado, e uma organização criada e orientada segundo um fim ou objetivos deliberados, por outro lado” (Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 226).

⁷⁷⁵ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 227.

corresponde e dos seus esquemas metódicos⁷⁷⁶, temos já pelo menos o suficiente para passar à diferenciação das suas mais destacadas modalidades, a começar pela elementar, porém decisiva distinção entre o funcionalismo material e o funcionalismo sistêmico. A primeira orientação submete o direito a exigências materiais que advêm de outros domínios e subordinam a juridicidade, e assim teremos uma materialização funcional do direito que se desdobrará em concepções diversas conforme sejam os objetivos que deva a juridicidade assumir (políticos, económicos, sociais, etc.)⁷⁷⁷. O funcionalismo sistêmico entende a *função* do direito de um modo inteiramente diverso: em vez de colocar a juridicidade a serviço de objetivos materiais ou intenções teleologicamente orientadas determinadas pelos efeitos visados, o funcionalismo sistêmico esvazia o direito de qualquer conteúdo material e atribui a esse subsistema social a função de estabilizar contrafactualmente expectativas normativas seleccionadas e definidas por seus programas mediante o emprego recursivo do código binário jurídico/antijurídico (*Recht/Unrecht*).

O funcionalismo jurídico material apresenta-se em distintas versões: temos um *funcionalismo jurídico político* e um funcionalismo jurídico estritamente social em que podem discernir-se duas vertentes, a do *funcionalismo jurídico tecnológico-social* e a do *funcionalismo jurídico económico*. O funcionalismo político pretende que o direito assuma “um directo e determinante *objectivo político*, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos”⁷⁷⁸. No funcionalismo social, o compromisso ideológico e o finalismo programático são substituídos pela neutralidade tecnológica e pelo consequencialismo social – “os seus modelos são menos de transformação estrutural (se não revolucionária) do que estratégicos sob critérios de funcional *performance*”⁷⁷⁹. E são duas as vertentes do funcionalismo social: uma primeira, de cariz tecnológico, “perspectiva o direito e o pensamento jurídico como uma *social engineering*”, enquanto a segunda, característica da *law and economics*, submete o direito ao “princípio da optimização global dos resultados” e “teria o seu critério na *cost-benefit-analysis* e não em axiológicas valorações da

⁷⁷⁶ Para os desenvolvimentos que reconhecidamente negligenciamos, remetemos novamente o leitor ao ensaio de Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., esp. pp. 234-42.

⁷⁷⁷ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 223.

⁷⁷⁸ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 209; idem, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., p. 41.

⁷⁷⁹ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., p. 43.

«justiça»” (“só teria sentido na perspectiva da eficiência econômica [da «maximização da riqueza», segundo Posner] e para a realizar...”)⁷⁸⁰. Dessas versões do funcionalismo social consideraremos apenas a segunda, porque o funcionalismo da *law and economics* é o que mais trânsito e aceitação encontra entre nós e porque o que mais importa para o andamento do presente trabalho é não tanto o que cada um desses funcionalismos propositivamente sugere mas o que todos indiscriminadamente rejeitam e deixam para trás, bastando portanto que sejam consideradas algumas propostas exemplares e que delas sejam tiradas o que entendemos necessário para ilustrar os argumentos subsequentes.

2.3.a) O funcionalismo político

Os pressupostos e as mais relevantes implicações do funcionalismo jurídico político ficam tanto mais claros quanto mais abertamente se reconhece a subordinação do direito a intenções de índole política, sem mascarar ou obscurecer o imediato propósito de realizar *por meio do direito* objetivos que de um modo ou de outro se integram em algum projeto político e nele encontram sua última justificação. É esse o caso de um “movimento” paradigmático que se notabilizou por levar essa tendência ao extremo, a ponto inclusive de afirmar que o direito é política. Referimo-nos ao chamado *Critical Legal Studies Movement*. Os teóricos do direito que integram este movimento se encontram tanto no mais imediato ponto de partida, por assumirem o programa do realismo norte-americano e desenvolverem os seus aspectos mais radicais, quanto nas conclusões e proposições nucleares a que chegam, quando afirmam o carácter político e mesmo ideológico do direito, quando, prosseguindo a crítica realista ao “formalismo”, creem escancarar a sua radical indeterminação, quando sugerem que o direito apenas promove os interesses dos poderosos e legitima a injustiça e quando argumentam que a retórica dos direitos milita contra o bem comum e os interesses dos grupos que esses direitos supostamente protegeriam⁷⁸¹. Mas para que esse arsenal crítico dê lugar a um autêntico funcionalismo político, é necessário que dele resulte um programa que mobilize o direito para a realização de fins políticos. E é por isso que tomaremos por

⁷⁸⁰ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., pp. 43-6.

⁷⁸¹ Brian Bix, *Jurisprudence. Theory and context*, 6ª ed., Durham, Carolina Academic Press, 2012, pp. 195 e ss. e 235/6.

exemplar o conhecido e já antigo ensaio programático de Roberto Mangabeira Unger⁷⁸². Nele encontramos tanto aquela mobilização crítica que confere unidade ao movimento quanto um bem delineado projeto político global a que vai rigorosamente subordinada a juridicidade, escancarando os traços típicos e distintivos do tipo de funcionalismo que queremos considerar⁷⁸³.

Na conhecida caracterização de Mangabeira Unger, o chamado *Critical Legal Studies Movement* teria originariamente se colocado em oposição às ideias centrais do pensamento jurídico moderno e, em linha com uma certa “tradição esquerdista”, proporia uma “nova concepção do direito” marcada por duas preocupações principais: a crítica, de um lado, do formalismo – aí tomado em suma no sentido de uma crença na, e de um compromisso com a possibilidade de um método apolítico de justificação jurídica assentado em critérios impessoais que contrastaria com disputas de cariz ideológico, filosófico e visionário – e do objetivismo – uma pressuposição de que os “materiais jurídicos autoritativos” (a legislação, os precedentes e as teorias jurídicas) não são meramente consequências contingentes da luta pelo poder e de pressões práticas mas ao contrário incorporam e sustentam um esquema associativo humano defensável e traduzem, ainda que imperfeitamente, uma ordem moral inteligível –, e, de outro, a defesa de um uso puramente instrumental da prática e da doutrina jurídicas para avançar objetivos esquerdistas. Segundo Mangabeira Unger, esses temas do pensamento e da prática jurídicos esquerdistas teriam já passado por uma reformulação, vindo a ser assimilados por um mais abrangente corpo de ideias⁷⁸⁴.

Levada ao extremo, a crítica ao formalismo e ao objetivismo dá lugar, na proposta do professor brasileiro de Harvard, aos pontos de partida de um programa

⁷⁸² Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1986.

⁷⁸³ No excuro de abertura que agregou à mais recente publicação do texto original, Mangabeira Unger destacou, a esse propósito, a atitude crítica que sempre teve relativamente às tendências meramente desconstrucionistas do *Critical Legal Studies Movement*, e assim acabou por dar uma renovada justificativa à distintiva intenção político-programática do ensaio publicado há mais de três décadas: “Deconstructionism, centered on the radicalization of indeterminacy in legal reasoning, reduced the law to something that it has never been: a series of opportunities for rethorical manipulation, limited only by the influence of an entrenched, shared, and unacknowledged ideology or form of consciousness. It proved to be an intellectual and political dead end, supplying no instruments for the fulfillment of its transformative intentions” (Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*, London, New York, Verso, 2015, p. 44).

⁷⁸⁴ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 01-04.

construtivo que deságua numa *deviationist doctrine* e numa redefinição das formas institucionais da democracia e do mercado. A “doutrina” que resulta daquela crítica não passa de uma “análise jurídica expandida” cuja intenção determinante é a de revelar o jogo de poder escondido sob os critérios jurídicos e os mais compreensivos modelos associativos em que aqueles critérios se articulariam e encontrariam fundamento, para, mediante uma exploração dos conflitos entre diversos ideais abstratos e arranjos estabelecidos, ir avançando gradualmente em direção a modos cada vez mais drásticos de reimaginar a sociedade e conseguir via “desenvolvimento interno” alavancar um processo de transformação por dentro do sistema, sem irrupções revolucionárias⁷⁸⁵. A redefinição das formas institucionais da democracia e do mercado consubstancia, por sua vez, um programa político global do qual resultaria também um sistema de direitos alternativo ao das democracias liberais modernas. Trata-se, com efeito, de um programa para a reconstrução do Estado e de toda estrutura institucional da sociedade que parte de uma reorganização do governo, exige uma reorganização da economia e chega à implementação de um novo sistema de direitos⁷⁸⁶.

O objetivo declarado desse programa é o de remover os principais obstáculos à realização de um novo modelo político que substitui a ideia democrática de um Estado imunizado contra o risco de vir a ser dominado por uma facção – e que para

⁷⁸⁵ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 15-22. No excuro de abertura da mais recente publicação do ensaio que estamos a considerar, encontramos uma síntese mais clara e explícita desse processo por meio do qual o pensamento jurídico realizaria a sua maior vocação: “To grasp the relation of institutions and practices to an established understanding of interests and ideals and to do so on the broadest scale, unencumbered by any restraint of professional specialization, will always be an activity of vast consequences to society. Large changes ordinarily begin in small ones. Every branch of law contains a range of deviant solutions, exceptions, anomalies, and contradictions. Each of these deviations can serve as a point of departure for an alternative way of organizing an area of law and social practice: the exception can become the rule; the anomaly, a different approach to the ordering of part of social life. What begins as a reform of the arrangements for the sake of our interests and ideals, as we view them, is likely to end in a changed understanding of what we want and profess: our ideals and interests seem evident to us only so long as they remain wedded to institutions representing them in fact. No sooner do we dissolve this marriage than we find reason to question what had seemed self-evident. Successive practices of legal doctrine over the last several centuries [...] have understated and even concealed the contradictory nature of law. Each of them has bewitched us into seeing established law as an imperfect approximation to an idealized system – an intelligible and defensible plan of social life, though each has characterized this system in a different way. [...] By breaking the spell cast by such idealizing systems, legal thought can recognize the law for the contradictory reality that it is and enlist contradiction in the service of transformative insight and practice. To become a practice of institutional imagination engaging through the details of law, the regime of society as it is and exploring what we can and should turn it into next, is the larger vocation of legal thought” (Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*, op. cit., p. 48).

⁷⁸⁶ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 25.

isso consagra uma ordem institucional que limita aquilo que cada facção pode fazer – pelo ideal de uma “democracia empoderada” que consubstanciaria uma ordem social cujas características básicas seriam todas elas direta ou indiretamente escolhidas por cidadãos iguais e titulares de iguais direitos, em vez de serem impostas por privilégios ou “tradições cegas” – deveríamos nos mover em direção a uma estrutura institucional “itself self-revising” que ofereceria constantes ocasiões para romper qualquer estrutura fixada de poder e coordenação na vida social. O rearranjo governamental pensado para remover os obstáculos às atividades transformativas do Estado contempla uma multiplicação dos ramos do governo, para abrir espaço para a transformação, passa por uma substituição dos mecanismos de dispersão do poder por princípios de prioridade que resolvam rapidamente os conflitos entre aqueles ramos, eventualmente por devolução da questão controvertida ao eleitorado, e culmina na atribuição ao “centro programático do governo”, ou seja, ao partido no poder (*party in office*), de chances reais de realização dos seus programas⁷⁸⁷. A economia teria de vir também a ser reorganizada mediante o estabelecimento de um fundo de capital rotativo que seria disponibilizado a equipes de trabalhadores e técnicos sob certas condições gerais fixadas pelas agências centrais do governo, e isso com uma decisiva contrapartida jurídica: as faculdades inerentes ao direito de propriedade deveriam ser desagregadas e algumas dessas faculdades deveriam ser atribuídas às “agências democráticas” encarregadas de estabelecer as condições para o uso e o emprego do capital, ao passo que outras daquelas faculdades seriam exercidas por aqueles que viessem a ser porventura autorizados a utilizar o capital daquele fundo público rotativo⁷⁸⁸. A última parte do programa concebido para a institucionalização dessa tal “democracia empoderada” propõe a adoção de um sistema de direitos pensado para superar a “tirania da propriedade consolidada” – ou seja, a consolidação em um único sujeito das faculdades inerentes ao domínio –, contribuir para um esquema de autogoverno coletivo e resistir às influências da divisão e da hierarquia sociais, com o que chegaríamos a quatro conjuntos de direitos: (a) *immunity rights* em que se incluiriam direitos cívicos como os direitos à expressão e à participação, *welfare entitlements* e a opção de se retirar da ordem social estabelecida, (b) *destabilization rights* que protegeriam pretensões a perturbar instituições e formas de prática social

⁷⁸⁷ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 30-2.

⁷⁸⁸ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 35/6.

estabelecidas, (c) *market rights* representativos de pretensões condicionais e provisórias a porções divisíveis do capital social e, por fim, (d) *solidarity rights* que consubstanciarão *legal entitlements of communal life*⁷⁸⁹.

Embora as várias partes desse programa pudessem ser realizadas por passos intermediários, trata-se sem dúvida de um projeto político de índole revolucionária, concebido para responder às intenções de uma espécie de “superliberalismo”, assim designado por levar certas premissas liberais a um ponto em que todas se fundiriam em uma ambição mais ampla: a construção de um mundo social menos hostil a um *self* que pode sempre violar as regras geradoras das suas próprias construções mentais ou sociais e colocar outras regras ou outras construções em seu lugar⁷⁹⁰. Mangabeira Unger não deixa dúvidas quanto ao radicalismo político dessa proposta e promove sem pudor nenhum uma completa subordinação da juridicidade ao programa político concebido. Ao tratar, por exemplo, dos chamados *destabilization rights* – aqueles que melhor ilustram a originalidade do sistema de direitos sugerido e melhor revelam as intenções do programa político global em causa⁷⁹¹ –, assevera que esses novos direitos implicam uma *substituição* da visão subjacente aos direitos nucleares do constitucionalismo moderno por uma nova concepção do Estado, da sociedade e da personalidade⁷⁹². Na prática, o que se quer é remover os obstáculos que restringem a capacidade do partido governante de tentar novos esquemas de organização social e política, a fim de que sejam progressivamente multiplicadas as oportunidades para a transformação da vida social por meio do conflito e da deliberação coletivos⁷⁹³. Não é preciso dizer que o que está aí sob ameaça é a concepção tradicional do constitucionalismo, com a sua intenção de limitar o poder e submetê-lo às exigências normativas de uma juridicidade autônoma. O método de análise jurídica ajustado àquele mais abrangente ideal político não deixa, por sua vez, de ser revolucionário e confessadamente subversivo apenas por se contentar com uma transformação paulatina via desenvolvimento interno, como fica claro, por exemplo, pela apreciação

⁷⁸⁹ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 38-40.

⁷⁹⁰ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 40/1.

⁷⁹¹ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 43.

⁷⁹² Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 52.

⁷⁹³ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 54.

que Mangabeira Unger faz do exercício crítico que ele próprio dedica à teoria do contrato: “Taken as a whole, this exercise in critical doctrine exemplifies the most characteristic recourse of the subversive mind: to transform the deviant into the dominant for the sake of a vision that becomes clearer in the course of the transformation itself, a vision that ends up redefining what it began by promoting”⁷⁹⁴. A doutrina desviacionista é, com efeito, “a forma que a subversão assume no domínio das ideias jurídicas”⁷⁹⁵.

Na base disso tudo parece haver um firme compromisso com uma ideia do homem como um “context-transcending agent” que reclama uma abertura da sociedade para os resultados do conflito e da deliberação coletivos⁷⁹⁶. Não vem tanto ao caso aqui o evidente problema da adequação do arranjo político-governamental proposto em resposta àquele compromisso. O que importa para o enfrentamento dos problemas que consideramos fundamentais é o contraste entre a abertura que aquele arranjo pretende garantir e o que seria uma alternativa abertura para a validade e o fundamento. Se o homem, diversamente de como vai compreendido nesse declarado programa político, transcendesse o seu contexto por sua abertura para uma validade normativa materialmente fundamentante e comunitariamente integrante, essa abertura deveria vir acompanhada de algum esforço de estabilização, e a ordem política deveria igualmente abrir-se sem deixar de ir estabilizando práticas e critérios normativos capazes de traduzirem as exigências normativas daquela validade. Como no pensamento em causa a capacidade de transcender do homem e a correspondente abertura da sociedade não encontram, contudo, referências para a *praxis* em nenhuma validade integrante e materialmente fundamentante, o programa se limita a estabelecer as condições para uma abertura para o conflito e o interesse e rejeita qualquer esforço de estabilização. O direito não é nem densifica nessa concepção as exigências de uma validade, e vai então reduzido à condição de *meio* posto a serviço de um projeto político global supostamente democrático que, na melhor das hipóteses, quer apenas derrubar obstáculos para que a mentalidade subversiva possa promover uma incessante revisão da sociedade e de todas as traduções institucionais e

⁷⁹⁴ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 60.

⁷⁹⁵ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 89.

⁷⁹⁶ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., pp. 54 e 94.

normativas de todos os contingentes e fungíveis ideais sociais imagináveis, e, na pior das hipóteses – aquela que parece ser afinal a verdadeira – quer habilitar o “movimento” a promover a reforma revolucionária que melhor se ajusta aos seus próprios ideais⁷⁹⁷. E quando enfim se reporta à prática jurídica, esse programa “construtivo” revela todo o seu potencial destrutivo: o papel assinalado à prática jurídica é o de precipitar o conflito acerca da ordem institucional e imaginativa subjacente aos interesses que os critérios e as ideias jurídicas escondem, dando assim lugar a modelos alternativos e anulando a autoridade dos juristas, como que a estabelecer com isso um modelo para uma sociedade “mais democrática e menos supersticiosa” em que não haveria lugar para o monopólio de um instrumento de poder em nome de um conhecimento especializado⁷⁹⁸. Trata-se, portanto, não de uma concepção alternativa *do* direito, mas de uma alternativa política *ao* direito que nega logo na partida a possibilidade mesma de uma validade fundamentante que vem ao conhecimento no contexto da prática jurídica e se traduz em critérios normativos aos quais essa mesma prática se reporta como que a tentar manter-se presa àquela validade. Ainda hoje, o que o movimento quer é colocar o pensamento jurídico em busca de regimes alternativos aos modelos político-sociais atuais e torná-lo assim mais útil para a demarcação de um futuro alternativo para a sociedade⁷⁹⁹. O legado dos jurisconsultos romanos é descartado e o caráter prático-prudencial do seu conhecimento é rejeitado como se se tratasse de uma tolice ilusória em que a tradição basearia uma autoridade enganosa⁸⁰⁰. Na democracia idealizada pelo movimento, os juristas deveriam renunciar a qualquer suposta autoridade baseada na suposição de um conhecimento especializado e tornarem-se profetas tanto quanto todos os demais, embora cada um a seu modo e de acordo com as suas circunstâncias. Voltando-se assim para o futuro, os juristas subordinariam instrumentalmente as suas tarefas menores a uma intenção político-

⁷⁹⁷ “[T]he struggle over the form of social life, through deviationist doctrine, creates opportunities for experimental revisions of social life in the direction of the ideals *we defend*” (grifo nosso) (Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 110).

⁷⁹⁸ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, op. cit., p. 111.

⁷⁹⁹ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*, op. cit., pp. 13/4, 32, 45 e 62/3.

⁸⁰⁰ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*, op. cit., p. 52.

social maior de que todos, leigos e profissionais, deveriam se incumbir⁸⁰¹. Pelo que esse funcionalismo consubstancia em última instância uma negação do direito, e só teria ensejo de vir a ser seriamente considerado se a juridicidade não pudesse afirmar-se a si própria na sua autonomia e com toda a sua peculiar autoridade.

2.3.b) O funcionalismo econômico

Uma das mais influentes e poderosas correntes de pensamento jurídico da atualidade é a chamada *law and economics*. Assim como no continente europeu vicejaram diversas compreensões e propostas alternativas ao normativismo legalista, na tentativa de ocupar o espaço deixado pela superação da teoria da subsunção e, apesar dela, conferir à prática jurídica algum grau de racionalidade e objetividade, o realismo norte-americano foi sucedido por inúmeras novas concepções que tomaram para si a missão de restabelecer a capacidade do direito de dar respostas aos problemas prático-jurídicos apesar do desgaste do chamado “formalismo”. A abordagem econômica do direito assume declaradamente essa tarefa⁸⁰² e procura em um certo consenso uma base segura de cariz utilitarista para a argumentação e as decisões jurídicas. O ponto de partida é o seguinte: pessoas diferentes têm diferentes desejos, objetivos e valores, mas todos concordam que seria melhor terem os seus desejos realizados do que não realizados, e todos prefeririam que isso acontecesse mais do que menos frequentemente⁸⁰³. A análise econômica se apropria dessa premissa e, conjugando-a à pressuposição básica da teoria econômica contemporânea assimilada pelos principais expoentes da *law and economics*, segundo a qual as pessoas são maximizadoras racionais das suas satisfações⁸⁰⁴, propõe um critério para aferir o que as pessoas querem, quais afinal

⁸⁰¹ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*, op. cit., pp. 74/5.

⁸⁰² O principal expoente dessa escola não deixa dúvidas a respeito da problemática que anima o empreendimento: “The most ambitious and probably the most influential effort in recente years to elaborate an overarching concept of justice that will both explain judicial decision making and place it on an objective basis is that of scholars working in the interdisciplinary field of ‘law and economics’, as economic analysis of law is usually called” (Richard A. Posner, *The problems of jurisprudence*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1990, p. 353).

⁸⁰³ Brian Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., p. 207.

⁸⁰⁴ “The basic assumption of economics that guides the version of economic analysis of law that I shall be presenting is that people are rational maximizers of their satisfactions – all people (with the exception of small children and the profoundly retarded) in all of their activities (except when under the

os seus desejos e a intensidade das suas preferências: basta observar o que fazem e verificar quanto estão dispostas a “pagar” por algo. As ações informam o que as pessoas desejam e a verificação do que estão dispostas a pagar pelo que desejam permite apreciar quanto desejam o que desejam. Com isso, o mercado fornece tanto a evidência necessária para determinar como maximizar a satisfação dos desejos quanto o método prático para essa maximização⁸⁰⁵, e assim a utilidade pode dar lugar à maximização da riqueza, com o que se consegue uma “versão mais prática do utilitarismo”⁸⁰⁶. Vejamos então o que mais nos diz a respeito, em uma rápida síntese, o mais influente expoente dessa ambiciosa versão do velho utilitarismo.

Após destacar que somos todos maximizadores racionais de nossas satisfações, Posner esclarece que a racionalidade de que aí se trata é apenas a capacidade de adequar os meios aos fins, quaisquer que eles sejam (“‘rational’ denotes suiting means to ends”)⁸⁰⁷. Os legisladores são maximizadores das próprias satisfações como todos os outros, e portanto nada do que eles de fato fazem é motivado pelo interesse público como tal. Uma peça legislativa é um negócio (*deal*) entre a legislatura e grupos de interesse. Os juízes são, por sua vez, os agentes da legislatura, embora agentes imperfeitos em razão de uma certa independência judicial tolerada apenas porque uma judicatura independente é necessária para a resolução de disputas comuns de uma maneira que encoraje o comércio, as viagens, a liberdade de ação e outras atividades e condições valorizadas, e minimize o dispêndio de recursos que de outra forma seriam necessários para influenciar a ação governamental. Com o que se reconhece aos juízes dois papéis: o de interpretar acordos entre grupos de interesses incorporados pela legislação e o de oferecer o serviço público básico consistente na resolução autoritativa de disputas. Esta segunda função não se realiza apenas decidindo casos em conformidade com normas preexistentes, mas também por meio da elaboração de normas. E de uma prática judicial consistente, como é o caso da prática judicial típica do *common law*,

influence of psychosis or similarly deranged through drug or alcohol abuse) that involve choice” (Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 353).

⁸⁰⁵ Brian Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., pp. 208/9.

⁸⁰⁶ “Welfare or happiness (two approximations of what is meant by ‘utility’ are hard to discover or measure, so judicial and legislative decisions will not be able clearly guided by an instruction to ‘maximize utility’. By contrast, maximizing wealth is something judges can do effectively within their limited role, a role sufficiently constrained that the more egregious possible misuses of wealth maximization are also ruled out” (Brian Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., p. 219).

⁸⁰⁷ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 354.

resulta um direito capaz de maximizar a riqueza da sociedade, ou seja, a soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis avaliados por preços de dois tipos – preços de oferta e preços pretendidos. Mas a maximização da riqueza não é apenas um resultado de uma prática judiciária consistente ou mais um critério de orientação dos juízes. Trata-se, segundo Posner, de um valor social genuíno e o único, além disso, que os juízes estão em boas condições de promover, e por isso a maximização da riqueza ofereceria não apenas uma acurada descrição da tarefa que os juízes estão mais aptos a cumprir mas também o mais adequado critério para a crítica e a reforma: “If judges are failing to maximize wealth, the economic analyst of law will urge them to alter practice or doctrine accordingly”. E do mesmo modo deveria o legislador dedicado ao interesse público ser exortado a legislar conforme aos ditados da maximização da riqueza⁸⁰⁸, embora o que aparentemente se possa esperar dele seja apenas uma redistribuição em consideração aos interesses em jogo⁸⁰⁹.

A abordagem econômica ainda permitiria que um direito de índole judicial como o *common law* fosse reconcebido em termos simples e coerentes e pudesse assim ser aplicado mais objetivamente. Uma vez estabelecida a premissa de que um tal direito promove e deveria promover a maximização da riqueza da sociedade, a análise econômica poderia traduzir em termos lógicos as doutrinas ou critérios jurídicos e assim aferir sua validade. Quando fosse encontrada alguma discrepância, o juiz estaria autorizado a promover a reforma do critério atual em conformidade com os ditados da maximização da riqueza, sem receio de ser acusado de criar em vez de encontrar o direito, pois afinal deste modo estaria ele apenas contribuindo para a realização da “natureza essencial” do direito. Vê-se que estamos então diante de uma concepção que vai buscar na análise econômica tanto o critério de validade das construções jurídicas mais gerais quanto o critério normativo da prática judiciária. A própria natureza do direito é, conforme eventualmente se diz, “essencialmente econômica”. A sua “lógica” é também econômica. E a maximização da riqueza social parece vir erigida à condição de fundamento último de toda juridicidade: “The ultimate test of a rule derived from economic theory is not the elegance or logicity of

⁸⁰⁸ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., pp. 354-61.

⁸⁰⁹ “A sensible division of labor has the judge making rules and deciding cases in the areas regulated by common law in such a way as to maximize the size of the social pie, and the legislature attending to the sizes of the slices” (Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 388).

the derivation but the rule's effect on social wealth"⁸¹⁰. Mas não é bem de um fundamento material que se trata. A maximização da riqueza só aparentemente tomar o lugar do que seria uma autêntica validade materialmente fundamentante. O seu *status*, como logo veremos, é mais o de uma implicação pragmática.

Apesar da raiz utilitarista dessa compreensão economicista do direito, Posner prefere vê-la fundada no pragmatismo e tenta, com isso, afastá-la do utilitarismo. Segundo ele, o “espírito” de um sistema de maximização da riqueza difere de um sistema utilitarista por consubstanciar uma certa ética que difere da ética utilitarista: “Wealth maximization is an ethic of productivity and social cooperation – to have a claim on society's goods and services you must be able to offer something that other people value – while utilitarianism is an hedonistic, unsocial ethic”⁸¹¹. Mas Posner não identifica nessa ética da maximização da riqueza uma validade material em que pudéssemos verdadeiramente fundar a juridicidade e por referência à qual conseguiríamos determinar a solução de disputas jurídicas. A maximização da riqueza é bem menos do que isso. Após asseverar que o raciocínio jurídico não tem nenhuma especificidade distintiva; que a demonstração da correção das decisões jurídicas é frequentemente impossível; que dificilmente a solução de casos difíceis se reveste de qualquer objetividade se isso significa mais do que mera razoabilidade; que as mudanças no direito são frequentemente o resultado de um processo não racional; que o direito é uma atividade e não um grupo de conceitos capazes de determinarem quando algo é admissível como argumento jurídico; que em direito a interpretação não é mais do que a consideração das consequências de decisões alternativas; que não há nenhum conceito abrangente de justiça capaz de dar orientação segura ao empreendimento jurídico; e, por fim, que o direito é funcional, Posner propõe uma abordagem behaviorista da juridicidade que privilegia a perspectiva econômica⁸¹². Todo o empreendimento jurídico deve ser repensado em termos pragmáticos e voltar-se para o problema das necessidades e desejos humanos⁸¹³. E uma vez que o raciocínio pragmático é empiricista e as necessidades e desejos podem ser perspectivados empiricamente, qualquer abordagem empírica

⁸¹⁰ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., pp. 361/2.

⁸¹¹ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 391.

⁸¹² Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., pp. 459/60.

⁸¹³ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., pp. 462 e ss.

contribui para a resolução de problemas jurídicos⁸¹⁴. A ênfase é então posta nas consequências da ação humana porque essas consequências são empiricamente verificáveis⁸¹⁵. A virada para a economia não passa, por sua vez, de uma mera implicação disso: “The significance of economics for law is that economists are engaged in mapping many of the consequences that are central to pragmatic legal analysis”⁸¹⁶. Com essa abordagem behaviorista e os contributos da análise econômica o direito assimila um pouco do “espírito científico”⁸¹⁷, mesmo que careça, como aí se assume, de critérios objetivos de veracidade. Na falta desses critérios, o pragmático prefere que o mercado seja o árbitro⁸¹⁸. A orientação da prática no sentido da maximização da riqueza não é, portanto, uma densificação ou mesmo uma direta ou indireta implicação materialmente normativa de alguma validade fundamentante. Não há normatividade material nenhuma para além das necessidades sociais e da conveniência e de nossa capacidade de realizá-las eficazmente. O direito é prospectivo (*forward-looking*) e a perspectiva jurídica se volta empiricamente para as consequências das nossas ações com a preocupação de satisfazer as necessidades humanas, e não de conformá-las a quaisquer critérios normativos “objetivos” ou “impessoais”. A determinação que distingue, portanto, essa concepção, é a de “usar o direito como instrumento para fins sociais”⁸¹⁹. Com essa redução pragmático-instrumental do direito à condição de meio servil de realização das necessidades humanas – “law as the servant of human needs”⁸²⁰ –, o critério

⁸¹⁴ Richard A. Posner, *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2003, p. 77.

⁸¹⁵ “The soundness of legal interpretation and other legal propositions is best gauged [...] by an examination of their consequences in the world of fact” (Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 467).

⁸¹⁶ Posner, *Law, pragmatism, and democracy*, op. cit., p. 78.

⁸¹⁷ Posner, *The problems of jurisprudence*, op. cit., p. 465. É nesses exatos termos que vemos a análise econômica ser defendida por outros prestigiados expoentes da *Law and Economics*: “Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. [...] At this stage in the history of social science, economics is the most useful part of behavioral science to law” (Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law and economics*, 4ª ed., Boston, San Francisco, New York, London, etc., Addison Wesley, 2004, p. 04).

⁸¹⁸ Richard A. Posner, “What has pragmatism to offer law?”, *Philosophy of law and legal theory. An anthology*, Dennis Patterson (ed.), Malden, Oxford, Melbourne, Berlin: Blackwell, 2003, p. 185.

⁸¹⁹ Posner, “What has pragmatism to offer law?”, op. cit., pp. 181, 184 e 189.

⁸²⁰ Posner, “What has pragmatism to offer law?”, op. cit., p. 181.

prático-normativo decisivo passa a ser a eficiência⁸²¹ e a teoria econômica provê a metodologia necessária para a realização de um fim – a maximização da riqueza – que entra em cena como uma espécie de sucedâneo do bom e do justo.

Em um trabalho mais recente⁸²², Posner parece circunscrever-se a um pragmatismo mitigado⁸²³. A maximização da riqueza deixa de impor-se como um imperativo e as necessidades humanas deixam de tudo subordinar sem nenhum filtro axiológico, pois se admite que a consideração das consequências supõe uma valoração do que está concretamente em jogo que não se resolve pragmaticamente. No ponto de partida, Posner incorre em uma recorrente ingenuidade metodológica quando assume que há dois tipos de casos que convocam racionalidades radicalmente diversas: aqueles, de um lado, que se podem facilmente resolver por direto recurso a uma regra suscetível de aplicação lógica, e, de outro, todos aqueles casos não rotineiros que se situam na “área aberta” da indeterminação jurídica e por isso exigem que, segundo Posner, o juiz assuma o papel de legislador. A economia deveria entrar em cena apenas nos limites dessa *open area* em que o juiz é um “legislador ocasional”, como forma de conferir certa objetividade à sua decisão. A análise econômica seria então meio de determinação do que é *prima facie* — ou seja, “legalisticamente” — indeterminado⁸²⁴. Mas para isso é necessária uma apreciação valorativa das possíveis consequências que por recurso à ciência econômica o jurista antevê ao considerar as soluções alternativas que se abrem naquela área de interminação. O pragmatismo em questão se define, de fato, por

⁸²¹ O ganho em eficiência é, precisamente, o que recomenda a abordagem econômica, cf. Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law and economics*, op. cit., pp. 03-10.

⁸²² Richard A. Posner, *How judges think*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2008.

⁸²³ José Manuel Aroso Linhares prefere acentuar a novidade de *How judges think* sugerindo que aí o que encontramos é um pragmatismo *inespecífico*. Acentuação esta que nos parece ter todo sentido – e talvez decorra disso mesmo a mitigação a que nos referimos – porque Posner não abandona explicitamente as suas formulações anteriores e talvez apenas suavize o pragmatismo desse mais recente trabalho por tartar-se nele não de como os juízes deveriam julgar mas de como efetivamente julgam (“A ‘área aberta’ e a ‘predestinação pragmática’ A análise econômica do direito como ‘teoria compreensiva’ [entre outras teorias compreensivas]: o desafio e as reformulações de *How judges think*”, publicado como *Post-Scriptum* a “O pragmatismo interdisciplinar de Posner como ‘teoria’ da decisão judicial”, *Diálogos com a Law & Economics*, Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 269-74).

⁸²⁴ Posner, *How judges think*, op. cit., pp. 15, 77 e 81/2.

uma destacada preocupação com as consequências⁸²⁵. Mas não invade, nessa versão mitigada, o plano da apreciação problemática das consequências a serem preferidas. A objetividade que está em causa requer que as pessoas sejam capazes de concordar acerca de algo, e é portanto por referência a uma moralidade circunstancialmente compartilhada e às normas prevaletentes em uma particular sociedade que se torna possível apreciar e estabelecer o peso relativo ou o valor de cada uma das possíveis consequências. Mesmo em sociedades plurais como as nossas há certa convergência acerca das crenças subjacentes aos princípios jurídicos, e com isso acredita Posner que o pragmatismo pode oferecer uma orientação suficiente para os propósitos da prática jurídica⁸²⁶. O que ainda tem de pragmática essa concepção decorre, então, da recomendação que faz ao jurista para que se volte para as consequências das possíveis decisões de um caso⁸²⁷. Nisso convergem, segundo Posner, o juiz pragmático e o economista⁸²⁸. A funcionalização econômica da juridicidade parece ainda prevalecer quando nos deparamos com a afirmação de que a descrição do comportamento judicial por referência ao pragmatismo e não preferentemente à economia decorre tão-só da constatação de que os juízes reconhecer-se-ão mais facilmente na descrição de um pragmático do que na de um economista. Mas logo em seguida Posner esclarece que agora considera a análise econômica apenas um dos métodos do pragmatismo, admitindo, até mesmo, que o legalismo é outro desses métodos⁸²⁹.

Essa versão mais modesta do pragmatismo judicial talvez já nem possa, em razão das mencionadas variações, ser posta no domínio do funcionalismo econômico, e suscita até mesmo uma dúvida acerca de se não estamos nos limites do funcionalismo em geral, pois se a fim de determinar a circunstancial adequação de uma decisão as consequências são apenas uma das dimensões a considerar e

⁸²⁵ “The core of legal pragmatism is pragmatic adjudication, and its core is heightened judicial concern for consequences and thus a disposition to base policy judgements on them rather than on conceptualisms and generalities” (Posner, *How judges think*, op. cit., p. 238).

⁸²⁶ Posner, *How judges think*, op. cit., pp. 82/3 e 240-2.

⁸²⁷ Por ser ampla a área aberta do *common law* e por voltar-se, nessa área de abertura, para as consequências das suas possíveis decisões, o juiz americano médio é melhor descrito, segundo Posner, como um “pragmático” (Posner, *How judges think*, op. cit., p. 230).

⁸²⁸ “The significance of economics for the study of judicial behavior lies mainly in the consilience of economics with pragmatism. The economist, like the pragmatist, is interested in ferreting out practical consequences rather than engaging in a logical or semantic analysis of legal doctrines” (Posner, *How judges think*, op. cit., p. 238).

⁸²⁹ Posner, *How judges think*, op. cit., p. 245/6.

isso é ainda feito por referência a valores compartilhados, pode-se eventualmente entender que nessa concepção o direito e a prática jurídica se ligam a uma validade axiológico-normativamente fundamentante, mesmo que os valores em que se consubstancia sejam aqueles que contingentemente uma sociedade compartilha e sejam como tais considerados apenas em razão da sua afirmação histórico-social. É possível, de fato, ver nessa mais recente formulação do pragmatismo a sugestão apenas de uma *atitude* que por si mesma não precisaria excluir considerações de caráter axiológico-normativo e a subordinação da apreciação das consequências a exigências axiológico-normativas constitutivas da juridicidade. Embora a tônica do estudo em que reformula as suas contribuições seja a de uma teoria “positiva” ou descritiva do comportamento judicial, Posner acentua que o decisivo em alternativa ao legalismo é a adoção de uma postura pragmática: a evidente indeterminação do direito exige que os juízes exerçam a sua discricionariedade atentos à realidade empírica e às possíveis consequências das suas decisões⁸³⁰. Se se limitassem a isso, as ideias de Posner não atrairiam críticas mais severas, pois não há dúvida de que nossas decisões não podem ser indiferentes às consequências que a elas se ligam e de que a herança do formalismo legalista nos cega para a realidade e priva de persuasividade quaisquer considerações pragmáticas. Especialmente em nossa tradição, onde o legalismo normativista deixou sequelas mais profundas, uma completa escassez de pragmatismo tornou inconsequente a prática jurídica e nos deixou indiferentes à realidade, a ponto de muitas de nossas decisões e propostas beirarem a irresponsabilidade. Temos, portanto, algo de positivo a extrair do pragmatismo⁸³¹. Mas, tomada isoladamente, aquela aparentemente inofensiva

⁸³⁰ Posner, *How judges think*, op. cit., pp. 252 e ss.

⁸³¹ Parece-nos que a razão está com Neil MacCormick quando sustenta que o caminho a trilhar está entre duas posições extremas que merecem ser igualmente rejeitadas: uma primeira que defende que a justificação da decisão deveria considerar a totalidade das suas consequências, mesmo das mais remotas, a fim de produzir o maior benefício líquido considerando algum critério de apuração do custo benefício de cada uma das decisões alternativas, e uma segunda, no outro extremo, que sugere que mesmo as consequências próximas sejam inteiramente negligenciadas, por relevarem exclusivamente a “natureza e a qualidade da decisão”. Se a primeira posição nos submete ao imponderável e na prática exclui a possibilidade mesma da justificação das decisões (“já que o futuro é incerto e as cadeias de consequências se estendem em direção ao infinito”), além de privilegiar um único “valor” que opera como critério último de todas as decisões e vai frequentemente assimilado a exigências de relevância normativa duvidosa como é o caso do prazer e das preferências, a segunda ignora a relevância das consequências para a aferição da natureza e da qualidade das decisões e a “extensão em que a tanto a prudência quanto a responsabilidade em relação aos demais exige que nós prestemos séria atenção às consequências previsíveis de nossos atos e decisões, antes de efetivamente praticá-los ou tomá-las, tanto mais quanto maior for a importância do ato ou decisão em questão” (*Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica*, tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro, Campus/Elsevier, 2008, p. 136).

exortação pragmática encobre o que a concepção proposta *recusa*, e que é o que mais importa, ou seja, aquilo que esse pragmatismo *deixa para trás*. E quanto a isso precisamos sobretudo destacar que o que verdadeiramente encontramos por trás da metodologia empiricista do pragmatismo proposto é uma recusa liminar da possibilidade mesma de uma ordem normativa de validade capaz de transcender os interesses e as necessidades circunstanciais, com a rejeição que daí decorre de que possa o direito ser ele próprio o portador de uma tal validade e o âmbito da prática jurídica um ambiente em que esta validade vai manifestando e realizando as suas exigências prático-normativas concretas. E assim vão excluídos a possibilidade mesma da autonomia do direito e o caráter prático-prudencial da racionalidade jurídica. Se os valores subjacentes aos materiais jurídicos consubstanciassem ou fundamentamente constituíssem uma autônoma validade normativa, não seriam as *rules* apenas manifestações contingentes de uma atividade político-legislativa e nem poderiam elas aplicar-se lógico-dedutivamente aos chamados casos rotineiros sem considerar as exigências normativas daquela validade e sem convocar uma mediação prático-prudencial voltada à sua realização prático-judicativamente concreta, nem poderiam os demais casos ser circunscritos ao domínio da política, como se a mera indeterminação normativa e a conseqüente problematidade concreta de um específico caso jurídico colocassem inteiramente de lado a juridicidade e inviabilizassem uma apreciação do problema em termos ainda jurídicos, pois uma normatividade juridicamente fundamentante que porventura transcendesse as regras disponíveis não só permitiria como ainda exigiria que os casos que se subtraíssem a uma sua imediata aplicação lógico-dedutiva fossem judicativamente trazidos para o domínio da juridicidade mediante uma tentada explicitação prático-concreta das suas circunstanciais exigências normativas – e com isso a consideração pragmática das possíveis conseqüências das soluções alternativas não excluiria o caráter jurídico do problema e a índole jurisprudencial da atividade judiciária voltada à sua superação, pois afinal não haveria lugar para a sugerida delimitação negativa do campo das decisões políticas ou político-legislativas (todo caso que não vier a ser excluído daquela “área aberta” mediante uma regra que explicitamente a sua solução exigirá uma tomada de posição acerca de alguma questão moral e afastará o problema do domínio da prática e da racionalidade especificamente jurídicas⁸³²). Posner só subtrai do domínio da

⁸³² É essa delimitação negativa que leva Posner a considerar os juízes legisladores ocasionais e a

juridicidade os problemas que se encontram naquela zona de indeterminação normativa porque, ao mesmo tempo em que estimula uma abertura para a realidade empírica, o seu pragmatismo rejeita de saída qualquer abertura para a realidade do justo, e assim preclui a possibilidade mesma de uma juridicidade autônoma para além dos contingentes critérios político-legislativos circunstancialmente resultantes do exercício do poder, o que nos permitirá dizer, em conclusão e antecipando novamente um dos argumentos principais a desenvolver, que nessa como de resto nas demais concepções funcionalistas sequer há espaço para o direito, pois este afinal é uma ordem de validade resultante de uma muito específica abertura para a realidade do justo, não havendo porque limitarmo-nos a uma radical alternativa entre um qualquer legalismo e um pragmatismo que no outro extremo diz ser o direito o que quer que os juízes façam (“whatever judges do”)⁸³³.

2.3.c) O funcionalismo sistêmico

Em contraste com esses funcionalismos de índole material, e segundo Castanheira Neves, o funcionalismo sistêmico, “renunciando a uma regulação material da sociedade (seja finalística, seja conseqüencial), dada a sua complexidade e a pluralidade dos seus pólos auto-organizatórios e auto-poiéticos, vê no direito só um subsistema social, chamado a uma função apenas integrante e em último termo de absorção de conflitos, segundo Parsons, ou a definir um mecanismo comunicativo de função selectiva e estabilizadora de expectativas, segundo Luhmann, numa organização estruturalmente invariante e de intencionalidade auto-referente, segundo um código binário lícito/ilícito, legal/ilegal, que reduziria aquela complexidade em termos de um mero sistematizador da contingência continuamente reconstruído numa circularidade recursiva”⁸³⁴. Esse funcionalismo consagra uma espécie de “formalismo funcional” que acaba por ter um “sentido simplesmente procedimental”⁸³⁵. A sua mais acabada formulação encontramos na obra que Luhmann dedicou ao “direito da sociedade”. Luhmann se vale da teoria dos sistemas

categorizar a Supreme Court como uma corte política: “A decision taking sides on a moral issue that divides the public along approximately party lines and cannot be resolved by expert analysis, let alone by conventional legal reasoning, is a political decision” (Posner, *How judges think*, op. cit., p. 312).

⁸³³ Posner, *How judges think*, op. cit., p. 175.

⁸³⁴ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, op. cit., p. 46.

⁸³⁵ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 252.

com o objetivo de apreender a unidade do direito enquanto subsistema social⁸³⁶. A teoria dos sistemas toma o direito por objeto e sugere que a sua unidade deve ser delimitada a partir das auto-observações e autodescrições de que se vale esse subsistema para estabelecer os seus próprios limites no confronto com o ambiente externo. O direito é um sistema autopoietico que diferencia a si mesmo, e a sua unidade não é senão o resultado dessa *autopoiesis*: a capacidade do subsistema de produzir por si mesmo todas as distinções e conceitos que utiliza. O sistema se reproduz por meio de suas próprias operações, e nesse sentido é operacionalmente fechado: essas operações são comunicações significativas que identificam quais são as comunicações jurídicas e quais não são, e portanto o direito, por meio delas, se diferencia como subsistema do sistema social⁸³⁷. Essa capacidade de diferenciar comunicativamente o que faz e o que não faz parte do subsistema depende de uma especificação funcional e da existência de um código binário, que no caso do sistema jurídico consiste no binômio jurídico/antijurídico. A função do sistema jurídico é a de manter expectativas normativas a despeito do risco de desapontamento, e essa função se realiza por meio de operações que consubstanciam observações guiadas por aquele código. É a observação recursiva dessas observações – a possibilidade de uma observação, portanto, de segunda ordem – que diferencia o sistema como um sistema operativamente fechado. O que não pode ser submetido a um controle orientado pelo código, e mais especificamente a *comunicação* não orientada por ele, não pertence ao sistema jurídico⁸³⁸. E será o próprio direito a afinal dizer, empregando o seu específico código, o que é o direito, a ponto de

⁸³⁶ Niklas Luhmann, *Law as a social system*, traduzido por Klaus A. Ziegert, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 62.

⁸³⁷ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 70, 73 e 80/81. Com isso o próprio conceito de *sistema* se altera: “Não se trata agora de um sistema no seu sentido tradicional: totalidade de uma constitutiva unidade entre o todo e as suas partes ou elementos, unidade essa entre todo e partes que não só teria uma índole material como o todo se afirmaria maior que as partes e a pensar como que numa perspectiva centrípeta ou numa estrita unidade de interioridade constitutiva. Trata-se, diferentemente, de um sistema em que o relevante está agora na conjugação de duas diferentes notas capitais: por um lado, a sua unidade deixa de ser material para se compreender antes em sentido operacionalmente estrutural e para pensar especificamente uma dinâmica relacionalidade, uma estrutura conexante das relações variáveis entre elementos também variáveis ou contingentes; por outro lado, o decisivo estará, não já numa centrípeta interioridade constitutiva, mas na diferença e relação (diferença/relação) entre o sistema e o seu meio exterior ou o seu ambiente, e graça às quais o sistema garantiria a sua identidade e subsistência perante esse seu exterior (‘diferença de identidade e diferença’ – Luhmann, *Soziale Systeme*, 26)” (Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 243).

⁸³⁸ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 93/4, 98/9 e 101/2.

Luhmann afirmar que “o direito é o que o direito pensa que é o direito”⁸³⁹ – no sentido, contudo, de que cabe ao próprio sistema estabelecer os seus limites, diferenciando-se do seu entorno mediante o emprego daquele seu código.

A autonomia do sistema significa autodelimitação e decorre da clausura operativa. Mas essa clausura e a unidade e autonomia dela decorrentes não implicam um absoluto fechamento. Pelo contrário, é a clausura operativa, também chamada por Luhmann de clausura normativa, que permite a abertura cognitiva: o sistema se abre cognitivamente para os fatos do entorno, mas dá a eles uma qualificação normativa mediante o emprego do código jurídico/antijurídico, e é precisamente essa internalização normativa mediante uma seleção de fatos externos a serem qualificados por recurso ao código binário do próprio sistema que permite que esse mesmo sistema se mantenha cognitivamente aberto sem perder a unidade e a autonomia⁸⁴⁰.

A validade jurídica, nessa concepção, é um símbolo operativo que permite que o sistema seja preservado e reproduzido por meio do seu diversificado acervo de operações. Esse símbolo operativo se refere a mudanças na situação do direito, pois uma mudança só pode acontecer quando se assume que uma certa expressão do direito *não* era válida até então. A transição para uma teoria em que o direito é compreendido como um sistema autorreferencial operativamente fechado exige que o problema seja transferido para o nível operativo e que no símbolo da validade jurídica seja vista apenas a *performance* da transição de uma situação do direito para outra, ou seja, apenas a unidade da diferença entre as situações do direito (*Rechtszustands*) que eram válidas antes e aquelas que são válidas após a transição⁸⁴¹. A validade não pode ser uma norma do sistema e também não é uma metanorma ou um critério externo, mas tão-só a forma como as operações se relacionam com o sistema e com outras operações do sistema enquanto o reproduzem, ou, na síntese de Luhmann, “a forma de participar na unidade do sistema”⁸⁴². Uma forma que marca o que é válido e o que não é, e que portanto tem

⁸³⁹ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 85 e 157.

⁸⁴⁰ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 95 e 105-120.

⁸⁴¹ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 122 e 124/5.

⁸⁴² Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 125/6.

dois lados, um interno que contém tudo aquilo que é válido e outro externo que demarca o que não é. O sistema pode cruzar de um lado para o outro para atribuir ou retirar validade de uma norma, mas em todo caso essa forma existe apenas enquanto forma de dupla face que viabiliza descrições – válido, não válido – decorrentes das operações internas do sistema e relacionadas aos seus próprios estados internos. Trata-se de um símbolo para a estabilidade dinâmica do sistema, pois permite o trânsito interno do válido para o inválido ao mesmo tempo em que resguarda a unidade do sistema e preserva a sua diferenciação relativamente ao entorno. Mesmo quando o sistema externaliza razões ou critérios de validade essa externalização se mantém uma operação interna do sistema e um produto seu⁸⁴³.

Relativamente à função do direito, a questão central proposta pela teoria dos sistemas de Luhmann é a seguinte: qual dos problemas do sistema social é resolvido mediante a diferenciação de normas jurídicas especializadas, chegando eventualmente à diferenciação de um sistema jurídico especializado? Segundo Luhmann, o problema assim resolvido concerne ao tempo, e mais especificamente à dimensão temporal de expectativas que se ligam a comunicações significativas. A relevância social do direito vem da circunstância de haver consequências sociais se expectativas podem ser estavelmente asseguradas no tempo. A capacidade do sistema jurídico de estabilizar expectativas no tempo está ligada à função das normas, por consubstanciarem tentativas de antecipar, ao menos no plano das expectativas, um ainda desconhecido e genuinamente incerto futuro, a saber, o que será aprovado no futuro⁸⁴⁴. Mais precisa e concretamente, cumpre ao direito, portanto, a função de estabilizar expectativas normativas. A expectativa em questão é de caráter normativo, e não cognitivo, quando resiste ao desapontamento. O sentido funcional da norma é o de uma expectativa estabilizada contrafactualmente, e é mediante o estabelecimento seletivo e a estabilização contrafactual de expectativas normativas, por emprego recursivo do seu código, que o sistema jurídico cumpre a sua função e alcança a clausura operativa, com o que consegue uma redução da complexidade e diferencia-se do seu entorno⁸⁴⁵. A certa altura, Luhmann traduz mais coloquialmente essa proposta compreensão da função do

⁸⁴³ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 127-31.

⁸⁴⁴ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 142/3 e 147.

⁸⁴⁵ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 94, 147-51 e 157.

direito, esclarecendo que a autonomia do sistema jurídico vem da importância de saber o que alguém é autorizado a esperar dos outros e de si mesmo, ou quais as expectativas que acabarão por não fazer alguém se sentir um tolo. A contribuição do sistema jurídico será precisamente a de conferir, por meio de suas normas, um elevado grau de certeza às expectativas. Em suma, diz Luhmann, a função do direito é apenas a de conferir certeza a expectativas, a despeito da inevitabilidade dos desapontamentos⁸⁴⁶. Certamente, o sistema jurídico cumpre muitos outros papéis, tais como o controle do comportamento e a resolução de conflitos, mas esses papéis são equivocadamente confundidos com a sua função, pois não passam de *performances* mais ou menos ligadas à função que, bem analisados, acabam por encontrar equivalentes funcionais em outros subsistemas sociais. Por outro lado, nenhum outro sistema ou subsistema rivaliza com o direito na estabilização de expectativas normativas, e é esta, portanto, a sua diferenciação funcional⁸⁴⁷.

Quaisquer que sejam todos os possíveis desencadeamentos da teoria em causa, bem como o seu eventual valor para uma adequada compreensão do fenômeno jurídico, esses seus aspectos fundamentais são suficientes para uma formulação conclusiva daquilo que mais importa: o funcionalismo sistêmico postula uma certa autonomia para o sistema jurídico mas não o imuniza contra as injunções externas e, levados seus pressupostos ao extremo, ainda faz do direito um vazio de sentido no qual materialmente tudo cabe e se acomoda. É verdade que se os valores que traduzem o código binário do sistema jurídico são substituídos, como no caso de uma operação orientada pelos valores da utilidade ou da manutenção do poder político, ou pelos códigos próprios da ciência ou da moral, esta já não será uma operação *do* sistema jurídico, e sim de outro sistema, a depender do código que tenha sido empregado⁸⁴⁸. Mas desde que traduzida em termos jurídicos, mediante o emprego do código jurídico/antijurídico, a operação ter-se-á por jurídica e nada se poderá dizer juridicamente contra uma decisão eventualmente tomada nesses termos, ainda que tenha porventura sido determinada por considerações de caráter exclusivamente econômico, político, moral ou outro qualquer. Se uma exigência de qualquer natureza é assimilada pelo sistema mediante o emprego do seu código,

⁸⁴⁶ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., p. 163/4.

⁸⁴⁷ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 167-72.

⁸⁴⁸ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 190 e 194.

como ocorre quando algo acaba por ser qualificado como jurídico ou antijurídico por razões de ordem moral, política ou econômica, não se pode dizer que houve uma extrapolação do domínio e dos limites da juridicidade, já que afinal é o próprio sistema jurídico que estabelece os seus limites, bastando que para isso use o seu próprio código. Além disso, por meio de seus *programas* o sistema define livremente como devem ser alocados os valores do seu código – ou seja, *o que* deve ser considerado jurídico e *o que* deve ser considerado antijurídico. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, a questão relativa à correção da resposta dada pelo programa não faz muito sentido⁸⁴⁹. Desde que a observação seja orientada pelo código jurídico/antijurídico, ter-se-á por mantida a unidade e a autonomia do sistema, pouco importando, desse ponto de vista, como virá a ser programada a utilização do código e o que será, portanto, considerado jurídico ou antijurídico. Os valores que compõem o código são apenas *possibilidades* capazes de assumir várias formas, e cuja alocação depende inteiramente dos programas, dos quais se espera, por sua vez, apenas uma contribuição para a realização da função do sistema, ou seja, para a manutenção da estabilidade das expectativas⁸⁵⁰. Esses programas serão sempre *condicionais* (“*se..., então...*”), traduzindo, portanto, as condições por referência às quais algo poderá ser considerado jurídico ou antijurídico, e cumprindo a função do sistema, consistente, como já se disse, na estabilização contrafactual de expectativas⁸⁵¹. Nada disso preclui que o sistema jurídico seja usado para a realização de finalisticamente orientados programas de outros sistemas, e sequer essa instrumentalização vai por qualquer modo limitada, senão apenas pela exigência de que os objetivos de outros sistemas sejam assimilados na forma de programas condicionais capazes de dar operatividade ao código do direito e cumprir a sua função estabilizadora⁸⁵². Mesmo a justiça vai reduzida a uma simples *fórmula para a contingência*, ou seja, a uma espécie de ideia materialmente esvaziada de qualquer conteúdo com a qual o sistema se identifica e que ele mesmo invoca para dar conta internamente da possibilidade de mudança em seus programas, traduzindo na melhor das hipóteses uma exigência de consistência no tratamento de

⁸⁴⁹ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., p. 192-4.

⁸⁵⁰ E isso sem descuidar da distinção que faz Luhmann entre essa função e a *certeza do direito* em um sentido diferente do habitual: a certeza, a saber, de que as matérias em questão serão apreciadas exclusivamente por referência ao código do sistema jurídico (Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 195/6).

⁸⁵¹ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 196 e ss.

⁸⁵² Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 202/3.

particulares casos jurídicos⁸⁵³. A teoria em questão vai, então, pouco além, no que para nós releva, de asseverar que o sistema se fecha num código binário e opera mediante programas condicionais que determinam livremente o que é jurídico e antijurídico, para a estabilização contrafactual de expectativas. Cumprindo desse modo essa função, o sistema jurídico preserva a sua unidade e a sua autonomia.

É corretíssima, então, a apreciação que do funcionalismo sistêmico faz Castanheira Neves quando assevera que se trata verdadeiramente de uma *concepção* do direito em que este já “não se concebe como validade (axiológico-normativa) a presidir normativamente e judicativamente às inter-relações humanas num certo espaço e num certo tempo históricos e antes como um mecanismo estrutural e operatório chamado a reduzir a complexidade cultural”⁸⁵⁴. A perspectiva determinante é a da sociedade, “nas suas exigências de subsistência e de funcionamento”, e tem-se assim uma *radical socialização* do direito. Por abandonar qualquer referência a um fundamento transcendentemente constitutivo, o direito se vê, ademais, perante uma sua *radical positivação*, e chega-se mesmo a uma *radical anormatividade* do direito: “O sistema jurídico, ao reduzir a complexidade social pela definição e sustentação de uma generalizada congruência de expectativas não ajuíza com fundamento numa validade nem se impõe normativo-regulativamente à sociedade-meio, apenas por aquela redução a condiciona, e assim indirectamente a reorganiza, nas suas possibilidades de ação”⁸⁵⁵. Disso tudo resultando ainda, e por fim, uma *radical simetria circular ou auto referente* que recusa a tradicional ideia de uma hierarquia das fontes e dissolve qualquer possibilidade de uma ordenação entre os diversos critérios jurídicos⁸⁵⁶. E se assim o que temos é uma concepção do direito, no sentido de propor-se nesses termos, com o arsenal do funcionalismo sistêmico, uma específica compreensão acerca da juridicidade que sugere como o direito *deveria vir a ser* nas sociedades contemporâneas, chegamos paradoxalmente, ainda com Castanheira Neves, à conclusão de que o que aí “se diz ser o direito” revela-se uma entidade afinal *sem direito, sem validade, sem normatividade e sem sentido* – algo que seja o que for, e se é que existe, não é o

⁸⁵³ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 214 e ss.

⁸⁵⁴ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 289.

⁸⁵⁵ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 290.

⁸⁵⁶ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 290 e 298.

direito, não corresponde à sua específica realidade e na melhor das apreciações possíveis anula “tudo o que de essencial o diferencia e lhe confere [...] um sentido irrenunciável na nossa realidade humana, na realidade da nossa existência e do nosso encontro humanos”⁸⁵⁷. E se então do direito se tratasse seria este um direito sem o homem e “sem pessoas”, e com isso verdadeiramente um *não-direito*, a que se somariam os outros mencionados absurdos culminando tudo enfim no “supremo absurdo” de um direito “sem porquê” e sem sentido⁸⁵⁸. Pois afinal o direito não é e não pode ser um vazio normativo de uma absoluta imanência que materialmente tudo admite para o fim apenas de estabelecer e estabilizar às cegas expectativas normativas quaisquer e sem referir a critério algum que sirva de fundamento à distinção crítica entre o que se deve ter por jurídico ou antijurídico⁸⁵⁹, e isto ao menos se, como acreditamos, a juridicidade encerra e manifesta uma validade fundamentante que lhe é constitutiva e vem à epifania na abertura do homem para a realidade do justo.

3. *Ius*

Por não darem conta dos problemas fundamentais da juridicidade, as concepções que tivemos a oportunidade de examinar não oferecem uma alternativa apropriada ao modelo político da *lex* ou ao paradigma sapiencial do *ius*. E assim acabam por sugerir que não é o caso de buscar uma alternativa em que se vejam de uma só vez superados tanto aquele modelo quanto aquele paradigma. O caminho para uma adequada compreensão da juridicidade passa, em nosso entendimento, por uma *recuperação* do paradigma sapiencial do *ius*, *contra* o modelo político da *lex*, em substancial continuidade com a compreensão jurisprudencialista em que encontramos o nosso ponto de partida e uma segura orientação geral.

Embora seja uma realidade cultural, pensamos que o direito é ainda uma realidade, e uma realidade que se descortina quando recuperamos uma tradição de

⁸⁵⁷ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 298.

⁸⁵⁸ Castanheira Neves, “O funcionalismo jurídico...”, op. cit., pp. 298-300 e 315/6.

⁸⁵⁹ Sem uma constitutiva validade fundamentante, assevera com todo rigor Castanheira Neves, “não seria só o sistema que seria arbitrário, arbitraria seria também a diferenciação entre o lícito e o ilícito e a juridicidade perderia todo o seu sentido perante as exigências da *praxis* humana, humano-social, perante as suas exigências de assumível sentido regulativo que lhe exclua o arbítrio da pura contingência e do meramente aleatório” (“O funcionalismo jurídico...”, op. cit., p. 310).

pensamento que estava ainda dela próxima e que o pensamento político-filosófico moderno tentou superar e acabou por obscurecer. O que o pensamento dominante se propôs a chamar direito a partir da modernidade *não é o direito*, e portanto a tal “compreensão moderna da juridicidade” não é apenas inadequada. É um falseamento daquilo que o direito é. Uma “compreensão” que não adere à realidade do direito e vai mesmo além de representá-la inadequadamente, pois o que a partir da modernidade se passou a designar direito é *outra coisa*. O paradigma sapiencial do *ius*, que como pudemos ver encontrou um equivalente na tradição do *common law*, corresponde, por seu turno, a um modo de ver as coisas que adere à realidade do direito: à realidade de uma ordem de validade normativa que, como teremos agora a oportunidade de sustentar, vai sendo forjada pela razão prática em abertura ao justo concreto e encerra, portanto, um específico conhecimento prático do qual retira o seu valor normativo e toda a sua autoridade. Em nosso retorno à tradição, foi com esse direito que nos deparamos. Com aquele que nos parece ser o *verdadeiro direito*. Um direito que, sem excluir a adequação de outras possíveis abordagens conducentes a conclusões análogas, tentaremos trazer à compreensão por referência a três constitutivas dimensões da juridicidade: o justo, as normas e a razão.

3.1. O direito e o justo

Há três modos de compreender o direito por referência ao justo: o direito determina o que é justo, é determinado pelo que é justo, ou é o justo. Coloquemos o problema na perspectiva de um caso, na pressuposição de que o caso deve ser solucionado justamente, e veremos que o direito pode ser compreendido como aquilo que determina a solução justa, como algo que é determinado pela solução que o caso faz constatar ser justa, ou como a própria solução justa. As duas primeiras hipóteses admitem uma diferenciação entre o direito e o justo, embora a relação entre um e o outro sofra uma inversão quando passamos de uma à outra: conforme à primeira, o direito vem antes do justo e o determina, como se este pudesse ser extraído daquele; conforme à segunda, o justo tem a primazia e é constitutivo do que o direito é, como se este resultasse daquele. A terceira dentre aquelas maneiras de relacionar o direito e o justo não permite, por sua vez, uma tal diferenciação, num sentido ou no outro, pois nela o direito é assimilado ao justo.

Não nos parece infundada a suspeita de que o exame dessas três diversas maneiras de relacionar o direito e o justo é decisivo para a compreensão da juridicidade, e isso basta para justificar a ênfase que será dada a essa relação a partir daqui, num esforço de recuperar à nossa maneira o sentido do direito, em sua diferenciadora autonomia e para uma mais precisa determinação da sua específica intencionalidade, a fim de que sejamos depois capazes de colocá-la em confronto com a intencionalidade da política. Com isso acabaremos por ver que no essencial aquele reconstruído sentido converge com a compreensão da juridicidade que naturalmente decorre da imersão do investigador no mundo fascinante das experiências jurídicas verdadeiramente jurígenas – a experiência romana e a do *common law* –, e isso é provavelmente assim porque um atento exame dessas experiências não oferece ao observador apenas a oportunidade de descobrir uma dentre outras possíveis *concepções* do direito, mas verdadeiramente um vislumbre da sua própria *realidade*.

Um conhecido exemplo da assimilação do direito ao justo é o que nos oferece Michel Villey, ao sustentar que Aristóteles tinha já um conceito para o direito, e que um tal conceito podia ser encontrado na caracterização aristotélica do *dikaion*. Segundo Villey, a justiça está ligada à moralidade, e isto é certamente assim por se tratar de uma virtude. Mas o que se deve a Aristóteles é não tanto a relação que o filósofo estabelece entre o direito e a justiça, quanto a diferenciação que elabora entre o *dikaion* e a *dikaiosyne*. Ao conseguir esta diferenciação, Aristóteles teria conferido ao direito a sua específica autonomia⁸⁶⁰. Resta ver que confirmações disso nos dá o próprio Aristóteles, onde o tema foi tratado *ex professo*, ou seja, no Livro V da *Ética a Nicômaco*.

A distinção entre a *dikaiosyne* e o *dikaion* aparece logo na definição daquela virtude, pois Aristóteles aceita à partida o que, segundo ele, todos dizem a respeito, ou seja, que a justiça é uma disposição a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o justo⁸⁶¹. Aristóteles assume esta opinião comum para, em seguida,

⁸⁶⁰ Michel Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 56.

⁸⁶¹ Aristóteles, *EN*, V, 1, 1129a7-9.

identificar o sentido mais geral da justiça, em que a vemos de certo modo equiparada à legalidade. Essa justiça geral é a virtude completa e perfeita no que concerne às relações com os outros, e merece ser também chamada *legal* – por conformidade à lei –, pois a lei prescreve tudo o que relativamente aos demais exige a excelência moral⁸⁶². Na interpretação tomista, essa justiça em sentido geral ordena os atos de todas as virtudes ao bem comum⁸⁶³. O texto da *Ética* certamente suporta essa caracterização, ao assimilar a justiça geral à legalidade, na medida em que as leis visam ao bem comum e em cumprimento desta intencionalidade impõem os comportamentos próprios às várias formas de excelência moral⁸⁶⁴. Nesse mais geral sentido, pode-se consequentemente dizer que a justiça é a excelência moral em seu aspecto relacional, que o homem justo é simplesmente o homem bom (*spoudaios*)⁸⁶⁵, e que assim em geral o justo (*dikaion*) é tudo aquilo que moralmente se exige nas relações com os demais⁸⁶⁶. Temos então de ver em que consistem a justiça e o justo em sentido particular.

A justiça particular é igualmente relacional, mas com uma nota distintiva: concerne a uma relação que interpõe *algo* entre dois sujeitos. Isso fica claro, embora nem sempre seja percebido, quando Aristóteles diferencia a justiça particular asseverando que num particular sentido a injustiça está ligada ao prazer que provém de um ganho⁸⁶⁷. Só se pode falar em justiça em sentido particular quando há *algo* que numa relação seja *devido* por um a outro, consistindo a injustiça neste mesmo sentido no desejo de ter algo devido ou pertencente ao outro. A existência de um bem exterior atribuível a alguém é o que permite distinguir, portanto, uma particular justiça, elencada ao lado das demais como parte apenas da excelência moral

⁸⁶² Aristóteles, *EN*, V, 1, 1129b11 e ss.; V, 2, 1130b21-24.

⁸⁶³ Tomás de Aquino, *Suma teológica* (ed. bilíngue), v. 6, tradutores vários, São Paulo, Loyola, 2005, II-II, q. 58, arts. 5 e 6.

⁸⁶⁴ Aristóteles, *EN*, V, 1, 1129b11 e ss.

⁸⁶⁵ Aristóteles, *EN*, V, 2, 1130b4-5.

⁸⁶⁶ Aristóteles, *EN*, V, 2, 1130b18-20. Mesmo essa primeira caracterização da justiça, em que releva o seu sentido mais geral, representa já uma novidade relativamente à cultura grega anterior, em direto contraste com Platão, pois a justiça deixa de ser o atributo de uma alma ordenada e adquire um sentido mais específico, por referência à alteridade que a distingue como virtude relacional (Javier Hervada, *Lições propedêuticas de filosofia do direito*, tradução de Elza Maria Gasparotto, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 71). É exclusivamente assim, nesse sentido mais geral, que antes de Aristóteles a justiça vai considerada na cultura grega, e daí a assimilação platônica do *dikaion* ao moralmente exigível (Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, pp. 67 e ss. e 84).

⁸⁶⁷ Aristóteles, *EN*, V, 2, 1130a11-1130b5.

completa e perfeita⁸⁶⁸. Segundo Aristóteles, essa justiça diz respeito à igualdade, e pode ser de duas espécies: distributiva e corretiva. A justiça e o justo distributivos se manifestam na distribuição de tudo aquilo que deve ser repartido entre os cidadãos em conformidade com o regime da *polis* (magistraturas, riquezas, etc.). Já a justiça e o justo corretivos dizem respeito às correções que frequentemente exigem as relações entre os cidadãos⁸⁶⁹. Num e no outro caso, o justo é uma mediania (*meson*) entre dois extremos, um igual (*ison*) entre duas desigualdades de sentido oposto. E como o justo é um atributo de distribuições de alguém a alguém, e de correções entre um e outro, consiste no meio ou igual *de algo, entre* (pelo menos) *dois sujeitos* – trata-se sempre, portanto, da medida exata na distribuição do que deve ser distribuído por alguém(uns) a outro(s), ou de uma igualmente exata medida na correção entre um(ns) e outro(s). Onde não houver ao menos dois sujeitos e algo a ser distribuído ou restituído, não haverá lugar para a justiça neste particular sentido. Daquilo que pode ser distribuído por alguém a alguém ou restituído de alguém a alguém, é possível distribuir ou restituir a mais, a menos, ou na exata medida devida – o justo é, portanto, esta exata medida, a correta *proporção*, daquilo que é devido por alguém a outrem para fins de distribuição ou correção. Daí porque Aristóteles fala em quatro elementos ao caracterizar este justo: dois sujeitos e dois quinhões. Quando entre dois sujeitos cada um recebe de algo o seu quinhão, o justo na relação é precisamente o que resulta. Se um receber mais e/ou o outro menos do seu quinhão, isto é injusto e aí radicam as duas opostas injustiças relativamente às quais o justo ascende e se distancia como *ison* ou *meson*⁸⁷⁰. Tratando-se de uma distribuição, a igualdade ou mediania é sempre geometricamente proporcional, pois ocorre de alguém distribuir algo a outrem conforme à proporção do seu mérito. O que aqui releva é saber quem deve ganhar quanto de algo, e a porção de mérito é o que orienta esta distribuição⁸⁷¹. Tratando-se de uma correção, o que está em causa é a restauração de um estado anterior a um dano ou lesão, e assim a igualdade ou mediania está naquela exata proporção aritmética que restaura a igualdade

⁸⁶⁸ Esta nossa compreensão da distinção aristotélica entre a justiça em sentido geral e particular parece vir confirmada pelos comentários de Tomás de Aquino, quando neles vai acentuado que neste segundo sentido a justiça é uma disposição relativa a *bens exteriores*, e que a correspondente injustiça de algum modo se vincula ao deleite experimentado em razão do ganho daquilo que é alheio (*In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, op. cit., livro V, lição III).

⁸⁶⁹ Aristóteles, *EN*, V, 2, 1130b30-1131a1.

⁸⁷⁰ Aristóteles, *EN*, V, 3, 1131a10 e ss.

⁸⁷¹ Aristóteles, *EN*, V, 3, 1131a25 e ss.

perturbada pelo dano ou lesão. O decisivo é saber o que deve ser dado a quem de modo a reconduzir as posições relativas das partes ao justo, anulando a perda e o ganho causados por um ato injusto⁸⁷².

Podemos nessa caracterização das dimensões distributiva e corretiva da justiça particular perceber que Aristóteles diferencia duas justças porque discerne duas modalidades do justo correspondentes a dois diferentes tipos de relações: o justo nas distribuições daquilo que a comunidade política tem a repartir entre os seus cidadãos, e o justo nas correções que o intercâmbio entre os cidadãos frequentemente requer. E embora Aristóteles não seja explícito a respeito, também a justiça legal pode ser caracterizada, conforme à interpretação tomista, por referência a uma específica modalidade do justo concernente a outro tipo de relação, que é a relação entre cada cidadão e a comunidade política, posto agora o relevo não no que a comunidade porventura deve aos seus cidadãos, mas no que os cidadãos devem à sua comunidade⁸⁷³. E se assim temos três espécies de justiça, é porque podemos discernir três modalidades do justo ou vê-lo em três espécies de relações, ou seja, nas relações comunitárias do todo às partes, de parte a parte, e das partes ao todo. De fato, o justo está (a) naquilo que a comunidade – como um todo – deve aos seus cidadãos – como partes do todo, (b) no que os cidadãos – como partes – devem reciprocamente uns aos outros por conta das suas relações privadas, e (c) naquilo que os cidadãos – como partes do todo – devem à comunidade – novamente como um todo⁸⁷⁴. O que queremos com isto salientar é que as tais três espécies de justiça não constituem ou implicam três espécies do justo, como se o justo de algum modo derivasse da justiça ou viesse sempre determinado por ela. Ao contrário, a realidade primária é aqui o justo, e por haver três modalidades do justo, ou um justo para cada uma das três espécies de relações comunitárias mencionadas, é que se fala em três tipos de justiça. E uma vez que é nesta diferenciação entre a justiça e o justo que Villey considera ter encontrado a definição do direito, importa reiterar que a compreensão aristotélica da justiça vê nela uma virtude, diversamente do que

⁸⁷² Aristóteles, *EN*, V, 4, 1131b25 e ss.

⁸⁷³ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 58, art. 5.

⁸⁷⁴ É por isso que um ordem idealmente justa pode ser caracterizada como aquela em que cada um tem o que é seu, considerados três tipos de relações: da comunidade com os indivíduos, dos indivíduos com a comunidade, e dos indivíduos entre si (Josef Pieper, *La giustizia*, tradução de Elio Morselli, Brescia/Milano, Morcelliana/Massimo, 2000, pp. 26 e 73/4).

acontece com o *dikaion*. Como virtude, a justiça é um atributo do homem. Consiste, como já referimos, na disposição habitual para o justo. É uma virtude ética, portanto, cujo objeto é o justo. E este também não se confunde com a ação justa, pois conforme Aquino a ação justa é a realização ou execução do que é justo (*operatur iustum, iusta operatio*)⁸⁷⁵, com a particularidade de que Aristóteles só imputa a justiça ou injustiça ao agente conforme a justiça ou injustiça da sua ação seja voluntária ou involuntária⁸⁷⁶. Temos então um complexo de categorias diferenciadas – a justiça, o homem justo (*dikaios*), a ação justa e o justo (*dikaion*). E é nessa distinção que Villey enxerga o caminho para a diferenciação conceitual do direito, pois segundo o jusfilósofo o direito é propriamente este autônomo *dikaion*.

À moralidade importa, com efeito, o ânimo, a disposição do agente, e assim a justiça, como virtude, atributo do homem ou da ação voluntária, pertence ao domínio da moralidade. À juridicidade o que importa é diversamente a ação na sua externalidade – a justiça “fora de mim, no real, objetiva” (“*hors de moi, dans le réel, objective*”). Eis o que é próprio do *dikaion*, um justo “«dans les choses », *in re*”⁸⁷⁷. O *ius* romano por vezes corresponderá ao “justo” neste sentido objetivo do *dikaion* aristotélico. Basta ver como a justiça aparece definida no *Digesto*: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (1, 1, 10). A justiça é aqui novamente uma virtude, e o *ius* o seu objeto⁸⁷⁸. Este *ius* da definição de Ulpiano encerra, portanto, o sentido “objetivo” do termo: é o *iustum* na atribuição de algo a alguém, o devido, a própria coisa justa ou a realidade justa numa relação e a propósito de bens externos⁸⁷⁹. Tomás de Aquino recuperará e nos dará mais tarde uma confirmação desta distinção entre a justiça e o justo *in re*. Como se sabe, o tratado tomista da justiça começa com uma questão relativa ao direito, e o primeiro dos quatro artigos em que se desdobra esta questão pergunta se o *ius* é o objeto da justiça. Vemos aí que primeiramente é definido o *iustum* como aquilo que é ajustado

⁸⁷⁵ Tomás de Aquino, *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, op. cit., livro V, lições X e XII. Essa distinção entre a justiça, a ação justa e o justo aparece claramente na *Ética a Nicômaco*, em V, 5, 1133b30-1134a13; e V, 7, 1135a8-13.

⁸⁷⁶ É assim que Aristóteles qualifica a ação como justa ou injusta ora por seus atributos externos – conforme dê ou não ao outro o que lhe é devido, nem mais nem menos (v. g., em *EN*, V, 5, 1133b30-1134a13) –, ora por referência à disposição do agente (esp. em *EN*, V, 8, 1135a15 e ss.).

⁸⁷⁷ Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., pp. 54/5.

⁸⁷⁸ Michel Villey, *O direito e os direitos humanos*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 61/2.

⁸⁷⁹ Acerca desse “sentido objetivo” do *ius*, v. Sebastião Cruz, *Direito romano...*, op. cit., pp. 22/3.

ou corresponde a outrem, a retidão no que há de exterior em uma relação, ou aquilo que a ação da justiça externamente realiza. E este *iustum* objeto da justiça é, segundo Aquino, o direito (*ius*) em sua acepção primeira: “a própria coisa justa” (*ipsa res iusta*)⁸⁸⁰. O *ius* dos juristas é, portanto, o *dikaion* de Aristóteles – segundo Tomás de Aquino, “eles denominam *direito* ao que Aristóteles denomina o *justo*”⁸⁸¹. O tratamento da justiça aparece, por sua vez, na sucessão de questões da *Suma*, apenas quando o significado do direito já se encontra explicitado. Conferindo expressão mais rigorosa à formulação romana, e em substancial e declarada concordância com Aristóteles, Aquino define a justiça como o hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu *ius* (“*iustitia est habitus secundum quem aliquis constante et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*”)⁸⁸². Como em Aristóteles, a realidade primária é o justo, o *ius*. A justiça vem depois⁸⁸³. É uma virtude, pois retifica a ação e qualifica o agente⁸⁸⁴, numa relação, porém, de alteridade⁸⁸⁵, vez que a retidão daquela ação consiste na atribuição a outrem daquilo que lhe é devido. Virtude singular, portanto, pois abarca as coisas e ações (*operationes*) exteriores, enquanto *por elas* um homem é colocado em relação com outro⁸⁸⁶. E se a justiça retifica as ações relativas a outrem e concernentes a coisas exteriores, consistindo nisso mesmo a sua diferença específica⁸⁸⁷, o seu objeto é um *medium rei*: certa igualdade de proporção da realidade exterior com a pessoa exterior, ou o meio-termo entre o mais e o menos daquilo que é

⁸⁸⁰ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 57, art. 1.

⁸⁸¹ Tomás de Aquino, *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, op. cit., livro V, lição 12.

⁸⁸² Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 1.

⁸⁸³ Javier Hervada salienta essa “primazia” do *ius* ao comentar a definição tomista da justiça, em substancial concordância com a aristotélica: “Dessa definição tomista, cabe ressaltar que a justiça é considerada em função do direito. É a virtude de cumprir e realizar o direito, com o que se percebe a primazia do direito, que aparece como o objeto da justiça, como aquilo para cuja satisfação se orienta a ação justa” (*Lições propedêuticas de filosofia do direito*, tradução de Eliza Maria Gasparotto, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 77).

⁸⁸⁴ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 3.

⁸⁸⁵ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 2.

⁸⁸⁶ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 8.

⁸⁸⁷ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 9. Convém notar que a patrística voltará à compreensão pré-aristotélica da justiça, já sem salientar, portanto, o seu caráter relacional, pois os evangelhos tratam da justiça num sentido que já não admite uma sua diferenciação como parte apenas da virtude, ou como uma virtude ao lado de outras e delas destacada por referir sempre ao que externamente é devido ao outro. É Aquino quem recuperará aquele sentido mais específico da justiça, ou seja, o sentido em que a justiça importa aos juristas (Javier Hervada, *Lições propedêuticas...*, op. cit., pp. 75-7).

externamente devido a outrem⁸⁸⁸. Ora, esta mediania do que é externamente devido a outrem é o *ius*, o direito. E quando Michel Villey sustenta que Aristóteles conferiu autonomia ao direito, foi por ter diferenciado da justiça aquilo que depois será o objeto próprio da arte ou “ciência” do direito, ou seja, a “coisa” externamente devida a outrem – no grego, *dikaion*, em latim, *ius*: “la chose juste” (*ipsa res iusta, id quod iustum est*)⁸⁸⁹. Outros jusfilósofos ligados à mesma tradição de pensamento divergirão apenas em ver tal objeto não *naquilo* que é devido, mas na *ação* que dá aquilo que é devido, ou seja, naquilo que Aquino chama “ato de justiça”, assim definido, contudo, por sua qualidade exterior⁸⁹⁰. Essa divergência não nos parece por ora muito relevante, mas não é demais chamar a atenção para uma sutil observação que encontramos no artigo em que a *Suma* define o chamado *actus iustitia*: “a matéria da justiça é a ação exterior, enquanto *ela mesma, ou o objeto que por ela utilizamos*, estão proporcionados a uma outra pessoa, com quem a justiça nos coloca em relação” (grifo nosso)⁸⁹¹. O objeto da justiça parece ser, portanto, aquilo que é proporcionado a outrem, o que lhe é devido, que pode por sua vez ser uma ação em si mesma ou algo que a ação dá, de forma a podermos talvez concluir que o devido – o *ius* – nem sempre é uma ação, embora a justiça sempre concerna à ação que dá o devido a outrem⁸⁹². Contudo, seja um tal objeto a própria ação devida ou a exata medida daquilo que a ação deve dar, é certo que deste modo fica assentada a diferença entre a justiça (*dikaiosisne, iustitia*) e o justo (*dikaion, ius*).

De Aristóteles, passando pelos juristas romanos e até Tomás de Aquino, Michel Villey percebe então uma continuidade na caracterização da virtude da justiça e do seu objeto. E nessa caracterização que diligentemente os distingue, o

⁸⁸⁸ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 10.

⁸⁸⁹ Michel Villey, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF, 1987, p. 117.

⁸⁹⁰ Nesse sentido, v., por exemplo, Massini Correias, *La prudencia jurídica*, op. cit., pp. 24-6.

⁸⁹¹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 58, art. 11.

⁸⁹² Ao apreciar a divergência entre Villey e Kalinowski relativamente à definição do *ius* como a “própria coisa justa” (*ipsa res iusta*) ou a “obra adequada a outrem” (*opus adaequatum alteri*), que um e o outro propõem invocando, respectivamente, os arts. 1 e 2 da q. 57 da *Suma teológica*, Daniel A. Herrera parece concordar com o nosso alvitre, quando sustenta que a *res iusta* em que consiste o *ius* pode ser ora uma coisa, ora um ato considerado na sua externalidade: “el Aquinate usa los términos *res* u *opus* en forma indistinta para designar aquella realidad exterior que constituye el derecho y que incluye tanto cosas como obras o actos exteriores tomados objetivamente con cierta prescindencia (aunque reconociendo la vinculación) de la acción del sujeto” (*La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 149). As operações externas sobre as quais versa a justiça podem, de fato, consistir no uso de coisas, pessoas ou obras (Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 61, art. 3).

jusfilósofo encontra a primeira condição de uma compreensão do direito capaz de reconhecer a sua autonomia, relativamente à moralidade, mas também à legalidade. A moralidade dirige a ação e é prescritiva, como também as leis que orientam a ação esperando uma conformação por parte do agente, enquanto a juridicidade é meramente indicativa do que externamente pertence a cada um⁸⁹³, e não se confunde com as *regras* da justiça⁸⁹⁴. E uma vez que o objeto da justiça se encontra suficientemente diferenciado, estabelecem-se as condições para o surgimento de um saber especializado concernente apenas àquele objeto. A partir daí, pode surgir uma “ciência” do *dikaion*. De fato, enquanto a moralidade se ocupa da qualidade moral do agente, da sua virtude, e assim prescreve condutas, inclusive condutas justas, com vistas à excelência daquele que age, a “ciência” do direito indica o que pertence a cada um – ciência portanto não da justiça (*dikaiosyne*), do homem justo (*dikaios*) ou da conduta justa, mas do próprio *dikaion*⁸⁹⁵. Um saber propriamente jurídico, que diz respeito tão-só à ação na sua externalidade, àquela igualdade “nas coisas” ou *medium rei* nas relações entre os cidadãos, se especializa no interior da moral e adquire autonomia⁸⁹⁶.

Mas essa “ciência” concernente à “coisa”, simbolizada por Aristóteles por recurso ao *dikaion*, não é uma criação grega, e sim, verdadeiramente, romana. O mérito de Aristóteles foi ter discernido aquela específica “coisa” que numa autêntica experiência jurídica o jurista *busca*, e que Aquino traduzirá por *ius*, esclarecendo que aí nesta própria *res iusta* temos o significado primeiro do direito⁸⁹⁷. Mas o *ius* pode

⁸⁹³ Villey nota este traço da juridicidade quando distingue o papel do jurista, salientando que a sua é a tarefa de *indicar*, após saber, o que cabe a cada um, e não a de dirigir imperativamente a conduta: “Le juriste n’a pas pour fonction d’être un directeur de conscience; il ne lui appartient pas de diriger lui-même les actions humaines ni de rendre les hommes *vertueux* (serait-ce de la *vertu* de justice) – ceci serait le rôle de la *loi*. Il n’est pas un distributeur ou l’exécutant de règles de *conduite*; ne parle pas à l’impératif. L’art juridique relèvera d’abord de la connaissance (*ars qua cognoscitur quid sit justum* qu. 57 art. 1). De même le jugement – *judicium* – œuvre de la faculté *cognitive*, appréhende une chose «*vis cognoscitiva quae apprehendit rem aliquam secundum quod in se est*» (qu. 60 art. 1)” (*Philosophie du droit*, op. cit., p. 92).

⁸⁹⁴ Segundo Villey, essa transfiguração do *ius* para designar as *regras* que importam à virtude da justiça só se realiza no medievo, e aí a compreensão tomista do *ius* aparece como uma recuperação que devolve à ciência jurídica a sua autonomia (*Philosophie du droit*, op. cit., pp. 83 e 92).

⁸⁹⁵ Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., pp. 55/6.

⁸⁹⁶ Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 85.

⁸⁹⁷ Por isso Villey esclarecerá que a descoberta por Aristóteles da autonomia do *dikaion* permite atribuir-lhe a descoberta do *conceito* de direito (Villey, *O direito e os direitos humanos*, op. cit., p. 35).

designar também a *arte* do direito⁸⁹⁸. Este já é, porém, um significado derivado de *ius*: não o justo, mas a “arte de discernir o que é justo”⁸⁹⁹. E ninguém discordará decerto que esta arte preocupada já não com a virtude, mas apenas com o justo nas relações exteriores entre os cidadãos, é um contributo cultural romano. Por isso Villey dirá que o que adquire autonomia em Roma é a *ciência jurídica*: uma ciência indicativa do justo – aquela específica *iusti atque iniusti scientia* de que nos fala Ulpiano (D. 1, 1, 10, 2)⁹⁰⁰. Neste segundo sentido, o direito é certamente uma criação dos jurisconsultos romanos⁹⁰¹. A sua emergência pressupunha, afinal, um contexto prático que a Grécia não conheceu e que Roma, diversamente, propiciou por um longo período. A experiência subjacente a este aporte cultural romano que é a emergência da arte do direito se centrava na busca prudencial de um justo já diferenciado e – conforme lembra Villey, por referência a Schulz – “isolado” dos diversos objetos da moral, da política, da economia e da ciência da administração⁹⁰². O que dessa busca resultava era, portanto, um *saber* autônomo⁹⁰³. Aristóteles distinguiu claramente o objeto desse saber, mas foi só em Roma que o saber desse objeto passou a ocupar uma classe de especialistas encarregados com especial empenho à apropriação, ao aperfeiçoamento e à tradição, de geração em geração, desse saber, formando afinal um riquíssimo acervo de critérios para a solução do problema do justo, tal como este continuamente se apresenta quando as pessoas entram em relação. E foi também somente em Roma que um tal saber acabou institucionalmente incorporado à ordem política, pois a *civitas* romana reconheceu nele o critério de solução dos litígios entre os cidadãos. Contudo, o que assim

⁸⁹⁸ Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 53.

⁸⁹⁹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, op. cit., q. 57, art. 1.

⁹⁰⁰ “Le plus durable apport de Rome est, vers l’époque cicéronienne, pour la première fois dans l’histoire, d’avoir fait du droit une science autonome, avec sa method, ses concepts qui, redécouverts en Europe, ont constitué l’une des bases de notre civilisation” (Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 66).

⁹⁰¹ “Rome, grâce au travail de ses jurisconsultes, a créé la science du droit” (Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 67).

⁹⁰² “Le premier mérite de la science juridique romaine – écrit le romaniste Schulz dans son ouvrage sur «les principes du droit romain» – est d’avoir su *isoler* son objet d’étude: «*Isolierung*». Le juriste romain sait ce qu’il cherche, il possède une notion consciente de l’objet, des limites de sa discipline. Il ne s’égaré pas dans la politique, l’économie ou la science de l’administration, ni dans la morale. Et son objet n’était pas tout la justice – *dikaïosunê* – (pas la vertu ni le règlement de la conduit de l’individu) – mais seulement le *jus*, terme qui sert à traduire le grec *dikaion*” (Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 69).

⁹⁰³ Temos aí uma diversa acepção de *ius*, na qual, segundo Sebastião Cruz, o “«ius» (direito) significa «o saber jurídico»” (*Direito romano...*, op. cit., p. 23).

aparece já é um segundo derivado do *ius-dikaion*, pois o direito passa a ser um saber-*critério*, ou um acervo de conhecimentos acerca do justo que vai assimilado pela *praxis* como critério normativo desta mesma *praxis*. Michel Villey parece admitir esta terceira acepção de *ius*, ao chamar a atenção para uma particularidade da linguagem romana. O latim distinguirá o direito (*ius*) e o justo (o *id quod iustum est*). Isto é da maior relevância. Para tratar dos problemas que nos ocupam, os romanos dispõem, com efeito, de dois termos, quando o grego só dispunha de um (*dikaion*). O justo (*iustum*) poderá ser então compreendido como aquilo que o jurista busca, ao passo que o direito (*ius*) designará “o que se conseguiu descobrir e formular positivamente dele”⁹⁰⁴. Temos aqui um sentido de direito novo: este *ius* é o justo *determinado*, e uma vez determinado poderá vir a ser formulado, como efetivamente o vemos geralmente formulado nas prudenciais *regulae iuris romanas*⁹⁰⁵.

Voltando então ao problema proposto no início da presente consideração do direito, percebemos que se torna necessário reformulá-lo, pois mesmo no contexto de uma única e coerente compreensão da juridicidade o direito pode ser tanto a solução do caso quanto algo que desta solução constitutivamente resulta ou o próprio critério de solução. Afinal, na compreensão da juridicidade que estamos a examinar o direito é, em primeiro lugar, aquilo que é devido no caso – o *justo*; em segundo lugar, um acervo de conhecimentos que vai se enriquecendo na busca casuística do justo – um *saber*, portanto, acerca do justo; em terceiro lugar, um conjunto de critérios para a justa solução do caso – um adquirido saber acerca do justo que indica como o caso atual deve ser solucionado, que tem, portanto, valor normativo, e que ao traduzir-se normativamente opera como *critério* normativo. Esses três sentidos não se excluem reciprocamente, desde que sejam adequadamente diferenciados e que as derivações sejam corretamente compreendidas. E tudo indica, como aliás já sugeria a apreciação que fizemos da experiência jurídica romana, que a relação entre os tais sentidos de direito seja a seguinte: a busca do justo proporciona um saber acerca do justo que indica o que em geral é justo e opera como critério para a solução de casos novos. Do direito-*justo* deriva então um direito-*saber* que vai normativamente assimilado como direito-*critério*. Se é assim, o direito, por encerrar esses três possíveis sentidos, é ao

⁹⁰⁴ Villey, *O direito e os direitos humanos*, op. cit., pp. 63/4.

⁹⁰⁵ Villey, *O direito e os direitos humanos*, op. cit., p. 66.

mesmo tempo a justa solução do caso, algo que resulta de uma compreensão que vai sendo experiencialmente adquirida do que em cada caso é justo, e algo que diversamente determina o que deve ser tido por justo no caso concreto. No primeiro sentido, o direito é aquilo que é justo. No segundo, a ciência jurídica ou, como nos parece mais apropriado, dada a índole prática de um tal conhecimento, a *iurisprudencia*. No terceiro, é a normatividade jurídica, o ordenamento jurídico ou os seus princípios e as suas regras⁹⁰⁶. Contudo, nesta compreensão da juridicidade que é a mais aderente à experiência jurídica romana convém nunca esquecer que o sentido primeiro de *ius* é o justo (*iustum*). Só se fala em direito para referir a um saber porque se trata de um saber do justo, e para referir a regras porque essas regras são formulações normativas daquele saber relativamente ao justo. Este, por sua vez, não deriva do saber que lhe concerne nem das formulações normativas que o apreendem para funcionarem doravante como critérios normativos. Ou seja, o justo não é primeira e necessariamente o que dele se imagina saber nem sequer as formulações normativas gerais que tentam apreendê-lo para orientar os casos futuros, o que significa dizer que uma qualquer ciência apenas será *jurídica* se verdadeiramente traduzir um conhecimento do justo, e que serão autenticamente *jurídicas* apenas as regras que encerrem um conhecimento do que em geral é justo e orientem apropriadamente a *praxis* em direção ao justo. Algo inteiramente diverso disso seria dizer que o justo é o que se sabe a respeito ou o que as regras a propósito prescrevem. Numa compreensão hobbesiana da juridicidade, o direito é, pelas razões que examinamos, um conjunto de regras, e o justo aquilo que as regras prescrevem, por prescreverem. E se aquelas regras são direito isso se deve apenas à sua proveniência, jamais a um saber que porventura encerrem. As regras impostas por uma autoridade legítima se tornam então constitutivas do justo. A investigação que fizemos a propósito das duas experiências verdadeiramente jurígenas que a civilização ocidental conheceu mostrou, contudo, que numa como na outra o direito cuja existência vinha circunstancialmente pressuposta antes do enfrentamento de um caso encerrava um saber propiciado pela experiência e continuamente enriquecido no contexto de uma *praxis* judicativa casuística – um saber inexoravelmente sujeito, portanto, a ser sempre e persistentemente desafiado pelos problemas que esta *praxis* continuaria a suscitar, e que no enfrentamento desses

⁹⁰⁶ É só neste derivado sentido que o direito se torna *critério*, ou, como o caracteriza Villey, “mesure de justes rapports sociaux” (*Philosophie du droit*, op. cit., p. 57).

problemas viria a enriquecer-se vagarosamente, sem jamais se estabilizar em um sistema de regras capaz de preestabelecer em abstrato a adequada solução para todos os casos e problemas que a vida fosse ainda capaz de nos apresentar. Queremos agora mostrar que isso não é uma peculiaridade daquelas experiências remotas, pois o direito em sentido normativo – o direito que perante um caso assumimos, portanto, como *critério* para a sua solução – é como tal a expressão de um saber acerca do justo apropriado e aperfeiçoado pelos juristas no contexto de uma *praxis* judicativa. Para logarmos esse resultado, poderíamos percorrer o caminho que nos parece ser o da gênese lógica de uma tradição jurídica, e assim iríamos do saber jurídico para as normas em que esse saber vai se densificando, ou seja, do conhecimento do justo concreto para o sistema das normas que vão estabilizando as aquisições de uma *praxis* fundada naquele conhecimento. Essa opção acabaria por exigir que o problema da índole do saber jurídico viesse considerada antes da apreciação do problema das relações entre o direito e as normas, e portanto antes de considerarmos como aquele saber vai normativamente se traduzindo numa ordem autenticamente jurídica. Mas com essa tarefa cumprida teríamos que voltar ao problema do saber jurídico, pois o que fundamentalmente importa para os nossos propósitos é discernir o que é próprio e distintivo desse saber num contexto como o nosso, que é o de uma tradição que tem já os seus princípios e as suas regras, formando um sistema. Parece-nos então que convém antes mostrar a prioridade ontológica e metodológica do justo sobre os chamados critérios jurídicos – com o que ficará já claro, por tudo que até então foi dito, que o sistema é um constituendo que vai precipitando o conhecimento do justo concreto –, sem, contudo, entrar ainda no enfrentamento direto do problema da índole específica do saber jurídico, pois queremos compreender o que é próprio desse saber e qual a sua atribuição mesmo quando há já uma tradição jurídica consubstanciada na forma de um sistema jurídico. Com essas tarefas cumpridas, poderemos constatar que a normatividade jurídica não é simplesmente a expressão de um poder, que não pode ser definitivamente encerrada em um sistema pressuposto de normas, e que não é constitutiva do justo.

3.2. O direito e as regras

Se quisermos elucidar o direito na sua realidade, temos de persistir no exame das experiências que propiciam a emergência da juridicidade, e nelas vemos que aparece sempre alguém perante um caso, a constituir um problema julgando e a reclamar, portanto, uma solução *para aquele caso*. Num tal caso o problema é sempre o *devido* por alguém a outrem – pela comunidade ao cidadão, pelo cidadão à comunidade, pelo cidadão a outro cidadão, ou simplesmente por um sujeito a outro, pois assumimos que a comunidade política e os seus cidadãos não são os únicos sujeitos a quem algo pode ser devido. Este *devido* pode ser por sua vez um cargo, uma pena, um tributo, uma indenização, um desagravo, um pagamento, um bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, uma prestação comissiva ou omissiva, etc. Mas, seja o que for, trata-se sempre de algo externamente devido *numa relação*. O que constitui, portanto, um caso *jurídico*, é um problema concernente ao *devido numa relação*, e a isso podemos, com Aristóteles e Aquino, chamar o *justo*. Os elementos necessários de qualquer experiência jurídica serão, assim, primeiramente três: o caso, o jurista e o justo. O caso jurídico constitui um problema concernente ao justo e coloca o jurista à sua procura. Mas o entrosamento daquele problema julgando com a incógnita relativa ao justo que ele problemáticamente suscita só empenhará alguém a quem chamaremos jurista se houver ainda o *jurídico*, algo de cujo conhecimento o jurista participa e que o habilita para a solução do caso — e sem o jurídico ou a juridicidade nem o caso será reconhecido como jurídico, pois isso só se passa quando reconhecemos que o caso interpela a juridicidade, nem o jurista terá ainda o seu peculiar estatuto social, e menos ainda será o agente convocado para a solução do problema, uma vez que ninguém terá notícia da especificidade do seu saber e da sua peculiar competência. Por isso que uma experiência prática só será genuinamente jurídica quando aquela dinâmica entretecida por um caso que mobiliza alguém na busca do justo já tiver se apresentado tantas vezes e continuamente por tanto tempo que tenha sido capaz de dar lugar a um acervo de critérios conhecidos e suscetíveis de serem invocados para a solução de casos novos, ou seja, quando daquela repetida busca tenha já resultado um *direito*, naquele derivado sentido de direito-*critério*. Nada disso pode, contudo, obscurecer a circunstância fundamental de que a precedência é do caso e de que antes de qualquer problema relativo aos critérios vem o problema do caso,

quer ele esteja já ou ainda não em condições de ser compreendido e tratado como problema jurídico, e quer haja ou ainda não critérios jurídicos suficientes para dar a ele um tratamento tipicamente jurídico, e portanto uma solução referida ao sistema jurídico.

Ao problema do caso e à questão da racionalidade mobilizada para a sua solução voltaremos no tópico subsequente. O que precisamos agora é assentar o que a investigação precedente já vinha indicando: as regras jurídicas vão resultando das soluções que vão sendo dadas aos casos, ou, o que significa o mesmo, são as regras as precipitações normativas dos critérios que a prática jurídica vai experimentando e consagrando para a solução de problemas jurídicos suscitados por casos concretos. Essa percepção das relações entre os critérios jurídicos e as soluções que vão se mostrando ajustadas aos casos concretos foi invertida pelo pensamento jurídico moderno, mas vem sendo recuperada por inúmeras compreensões da juridicidade e da metodologia jurídica que põem o acento na problematicidade do caso e reconhecem que a jurisprudência contribui decisivamente para o desenvolvimento do direito. Desde que o problema foi trazido de volta ao centro do pensamento jurídico, deixou de soar estranha a explicação que encontramos, por exemplo, em Esser, acerca dos ciclos que experimentam todas as culturas jurídicas: são descobertos problemas que dão lugar à formação de princípios que acabam por se articular em um sistema⁹⁰⁷. Quando o ciclo está completo, pode de fato parecer que o movimento se inverte, como se a partir daí os problemas jurídicos concretos pudessem ser resolvidos mediante um proceder lógico que vai sempre da norma para o caso. Mas a verdade é que mesmo numa tradição jurídica madura, consubstanciada num sistema jurídico sofisticado e abrangente, regras e princípios, normas em geral, continuam a resultar da atividade prático-prudencial do jurista. E se forem corretas as explicações que do fenômeno dá a hermenêutica contemporânea, parece-nos apropriado dizer que mesmo aí norma *jurídica* é ainda o *resultado* da atividade prudencial do sujeito que, à vista de um problema e suas circunstâncias, dita a solução ajustada ao caso e adequada à justiça⁹⁰⁸. Com a necessária ressalva de que no contexto de um sistema esse

⁹⁰⁷ Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, tradução de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, p. 10.

⁹⁰⁸ Carpintero, *Una introducción a la ciencia jurídica*, op. cit., p. 265.

movimento já não se dá num vazio normativo nem pode negligenciar a experiência que os critérios disponíveis encerram. E são precisamente a riqueza desses critérios e a fidelidade à prática precedente que dão ao processo a aparência de um *continuum* em que os problemas se resolvem mais por aplicação de critérios preexistentes do que pela constituição autônoma de critérios novos. De todo modo, é claro para qualquer observador atento que, pelo menos em áreas realmente novas do desenvolvimento jurídico, “os princípios emergem por meio de decisões de casos, e não como base preestabelecida para algum tipo de inferência dedutiva”⁹⁰⁹.

Essa compreensão das regras jurídicas parece ter sido a dos juristas romanos, e perdurou até o alvorecer da modernidade. Pode ser encontrada, por exemplo, no *Digesto*, em uma famosa e já citada passagem atribuída a Paulo⁹¹⁰, e teve a sua mais bem acabada formulação nas especulações medievais anteriores à guinada que culminou no jusracionalismo. Apesar da ordenação hierárquica proposta pela teoria jusnaturalista clássica da lei, não se pode negligenciar a peculiaridade, a que já aludimos, de que antes da modernidade a lei é posta no domínio da razão prática – é, segundo Aquino, “uma certa regra da prudência”, pelo que têm razão de lei as proposições universais da razão prática ordenadas às ações⁹¹¹. Mas o que especificamente isso significa? Em primeiro lugar, não se pode esquecer que nessa compreensão as regras são inseridas no contexto de uma concepção axioteleológica em que a ação é ordenada à realização do bem. A lei natural, como já vimos ao examinar a construção tomista, é a participação da lei eterna na criatura racional, e se limita a dirigir o homem àquilo que ele naturalmente se inclina, pois aquilo a que ele naturalmente se inclina é o seu bem⁹¹². Os preceitos da lei natural são irreduzíveis, portanto, a um conjunto de proposições acerca do que se deve fazer em cada circunstância, pois o próprio bem humano é complexo, irreduzível⁹¹³, e, além disso, é impossível traduzir e encerrar em um qualquer agregado de normas o que em cada situação é mais ajustado ao bem, e portanto ao

⁹⁰⁹ MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op. cit., p. 272.

⁹¹⁰ «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*» (D. 50, 17, 1).

⁹¹¹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 57, art. 1; I-II, q. 90, art. 1.

⁹¹² Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 91, art. 2, e q. 94, art. 2.

⁹¹³ Ralph McInerny, “The principles of natural law”, *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1980), p. 15.

fim da ação. No que poderíamos considerar uma ilustrativa explicitação das exigências da lei natural, Georges Kalinowski explica que as ações que correspondem às nossas inclinações naturais, aquelas pelas quais se manifesta a nossa essência de homem, fundamento de nossas ações propriamente humanas, e que realizam as virtualidades positivas de nossa essência, que transformam progressivamente esse esboço de homens que somos cada um em homem perfeito, são moralmente boas, ao passo que as ações contrárias são moralmente más⁹¹⁴. Apesar dessa explicitação, daquelas inclinações naturais e, portanto, da lei natural, não se extrai nada de muito preciso acerca da conduta a adotar em cada situação. Como em cada circunstância devemos nos comportar de modo a realizar as virtualidades positivas de nossa essência, de modo a irmos deixando para trás aquele esboço de homem que somos, é uma pergunta que os preceitos da lei natural não podem responder. A lei natural, para nos valermos de uma expressiva explicação de Maritain, é apenas a *normalidade do nosso funcionamento*, não um manual que prescreva em abstrato como devemos funcionar em cada situação. E, mesmo assim, não poderíamos conhecê-la na infinidade da sua extensão⁹¹⁵. O máximo que se consegue é identificar uns poucos “valores básicos”⁹¹⁶ e alguns preceitos muito gerais de densidade normativa extremamente rarefeita. Mesmo que nossas inclinações nos permitam discernir os bens que são a dimensão da perfeição humana, dando assim conteúdo aos preceitos éticos fundamentais que ordenam a essa perfeição, não vamos além da formulação de umas poucas e generalíssimas determinações, tais como aquelas que prescrevem a preservação da vida e da integridade e que nos movem em direção ao conhecimento e à sociabilidade⁹¹⁷. Talvez se pudesse esperar uma mais minudente orientação das leis positivas, por procederem da lei natural por conclusão ou determinação⁹¹⁸. De fato, na teoria clássica a lei positiva parece ter o papel de traduzir as exigências normativas da lei natural naquilo que concerne à comunidade política, mediante uma prescrição das

⁹¹⁴ Georges Kalinowski, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, tradução de Enrique Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, p. 129.

⁹¹⁵ Jaques Maritain, *Man and the state*, Washington, Catholic University of America Press, 1998, pp. 85-9.

⁹¹⁶ Uma tentativa nesse sentido que acabou por se notabilizar foi a de John Finnis, resultando em uma relação exaustiva de sete valores ou bens básicos (*Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 2005, pp. 85-92).

⁹¹⁷ Carlos I. Massini Correias, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, op. cit., pp. 169/70.

⁹¹⁸ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 95, art. 2.

condutas adequadamente orientadas à realização do bem comum e uma proibição daquelas que lhe são contrárias⁹¹⁹. Mas mesmo a lei positiva, cujo domínio é muitíssimo mais restrito, por ordenar apenas aquilo que é conducente ao bem comum⁹²⁰, é incapaz de traduzir todas as exigências práctico-normativas político-comunitariamente relevantes, uma vez que aquilo que é praticamente ordenado ao bem comum pode em concreto variar quase infinitamente em razão da variabilidade das circunstâncias e do contexto subjacente. A prudência poderia, então, entrar em cena para cumprir uma função secundária ou instrumental, voltada à determinação daquilo que a lei deixou indeterminado ou à solução equitativa daquilo que a lei deixou fora do seu escopo. Se e quando as circunstâncias apresentassem um problema para o qual a lei desse solução incerta ou solução nenhuma, viria convocado o juízo do prudente, a cumprir o papel de determinar em concreto a ação ordenada ao bem comum. Mas isso não parece de modo nenhum compatível com a compreensão da própria lei como “uma certa regra da prudência”. Se a prudência tivesse esse papel auxiliar e entrasse em cena secundariamente apenas para resolver as indeterminações da lei ou suprir as suas omissões, não poderia vir a lei caracterizada ela própria por referência à prudência, a não ser que isso significasse que a lei cumpre o papel da prudência por determinar a ação concretamente apropriada às circunstâncias. Nada mais estranho à tradição jurisprudencialista, contudo, do que uma tal subordinação do devido à prescrição legal, em vez da subordinação do legal ao que é praticamente devido. O fim da ação é o bem, e a lei tira portanto a sua validade, a sua “razão de lei”, do bem a cujo logro a ação prescrita se ordena. Além disso, diferentemente do que acontece na modernidade, a lei não é aí entendida como uma ordem ou mandado imperativo externo ao agente, mas como uma força ou razão dos atos em direção ao seu próprio fim, pois a lei não é algo exterior àquilo que se deve fazer nem ao agente que há-de fazê-lo⁹²¹. A ação devida é devida, então, mais por ordenar-se ao bem do que por vir legislativamente prescrita, e não terá razão de lei o preceito acerca de uma ação particular se não ordená-la ao bem comum⁹²². A concreta adequação da ação ao bem é, portanto, prioritária, e aquilo que constitui o problema práctico-normativo decisivo. A lei terá

⁹¹⁹ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 95, art. 4.

⁹²⁰ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 96, art. 3.

⁹²¹ Francisco Carpintero, “Tomás de Aquino ante la ley natural”, *Persona y Derecho* 46 (2002), p. 324.

⁹²² Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 90, art. 2.

“razão de lei”, então, não por sua proveniência ou compatibilidade lógica com leis de hierarquia superior, mas por traduzir aquilo que o fim da ação praticamente exige, ou seja, por determinar com as limitações que são inerentes a quaisquer prescrições gerais uma exigência prático-normativa referida ao bem comum. A regra que encontramos em uma lei capaz de cumprir essa tarefa é, portanto, sobretudo uma explicitação da conduta adequada ao bem relevante, e é nesse sentido apenas que a regra é a *ratio* do que se há de fazer (*ratio operis*)⁹²³. A determinação daquilo que é em concreto ordenado ao bem não se faz por dedução daquilo que a lei estatui. É uma tarefa da prudência, e não há nada mais estranho à concepção prevalecente na Idade Média em geral, e à compreensão aristotélico-tomista da racionalidade prática em especial, do que a subordinação da prudência à lei como se a virtude do prudente pudesse ser reduzida a uma capacidade de aplicar aos casos concretos um conjunto de pressupostas disposições normativas, ou a tendência moderna a ver na resolução de problemas prático-normativos a culminação de uma cadeia de deduções. As relações entre *ius* e *lex* explicitam isso muito claramente e são, para nós, decisivas.

A lei, por sua orientação ao bem comum, está mais no domínio do político do que no do jurídico⁹²⁴. Há, contudo, uma específica relação entre a legalidade e a juridicidade que foi adequadamente esclarecida por Tomás de Aquino ao asseverar que a lei não é o direito, mas uma certa regra de direito (*ratio iuris*)⁹²⁵. Isso expressa aquela que era a compreensão da lei típica da “era de ouro do direito jurisprudencial”, tal como sintetizou Francisco Carpintero aludindo a uma importante passagem de Domingo de Soto: “«*ius generale nomen est, lex autem iuris species*»: El derecho es el nombre más general, y la ley es solamente una parte del derecho. La realidad primera y básica era el derecho, y las leyes eran solamente relevantes en función del derecho concreto”⁹²⁶. Não se descuidava daquela recíproca implicação explicitada pela ilustrativa imagem atribuída a Engisch de um ir e vir do olhar, como se pode ver numa das respostas de Aquino acerca dos problemas

⁹²³ Tomás de Aquino, *Suma contra os gentios*, cap. XXIV, § 2880.

⁹²⁴ Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 38.

⁹²⁵ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 57, art. 1.

⁹²⁶ Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 39.

suscitados pela virtude da prudência⁹²⁷. Mas, no que concerne ao acento ou à prioridade, não havia dúvidas entre os juristas, embora normalmente houvesse entre os teólogos, de que o caso e o seu concreto problema vêm antes ontológico e metodologicamente. O movimento que caracterizava a abordagem dos problemas prático-jurídicos andava mais do particular para o geral do que do geral para o particular⁹²⁸. A causa final da ação é o bem a que a ação concretamente se ordena, e é sob esse pressuposto que a lei pode ser compreendida – “*regula est quae in finem dirigit*” (de Soto): a lei consubstancia uma *ratio* na medida em que orienta apropriadamente a ação à realização do bem concretamente relevante⁹²⁹. A regra da conduta humana que a lei contém decorre, assim, da adequação da ação prescrita ao fim/bem que cumpre realizar⁹³⁰. No domínio da *praxis* jurídica, em que o problema a superar é não o do bem comum, mas o do justo concreto, daquilo que é concretamente devido a outrem em uma relação, a lei consubstanciará uma *ratio iuris* e virá à consideração como critério do agir se e quando explicitar o curso de ação apropriado ao seu fim, que é o de dar a cada um aquilo que lhe é devido. E assim a pertinência da regra, o seu âmbito de aplicação e o seu sentido prático-normativamente concreto se subordinarão ao fim da ação. Metodologicamente, isso se traduz numa tendência a partir do problema e a buscar um critério que se ajuste ao caso, por sua capacidade de orientar adequadamente a solução que o problema reclama em vista do fim a que se ordena a prática jurídica. Por isso, a abordagem prático-jurídica prevalecente antes da guinada normativista é mais indutiva do que dedutiva, mais ligada à experiência e mais afeita a um proceder analógico, de caso a caso, de problema a problema. No plano da *praxis*, a experiência e a memória têm, então, um papel decisivo, pois somos melhor orientados pelo conhecimento do que sucede comumente do que por princípios capazes de eventualmente consubstanciar verdades absolutas e necessárias. Embora isso possa agora soar exagerado, considera-se que os princípios é que devem, num sentido muito específico, ser

⁹²⁷ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 49, art. 2.

⁹²⁸ “La *jurisprudencia* del *Jus Commune* pensó más bien que el raciocínio principiaba ante todo desde el final, de modo que serían las normas *aplicadas* las últimas en aparecer en la génesis real del juicio práctico” (Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 39).

⁹²⁹ Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., pp. 45/6.

⁹³⁰ “Las leyes de la conducta humana resultan desde los fines, y son adecuaciones de las conductas a esos fines” (Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 57).

adequados às conclusões⁹³¹. O problema concreto reclama, de fato, a invocação de normas, mas os princípios eleitos são aqueles que melhor se acomodam ao problema. Os princípios não compõem uma rígida hierarquia normativa e a solução do caso não advém desses princípios como a culminação de um desencadeamento logico-dedutivo. A pertinência e a relevância relativas de cada princípio dependem da sua capacidade de orientar adequadamente a solução do problema, e é portanto o caso com as suas circunstâncias que acaba por determinar os princípios relevantes e as suas concretas implicações⁹³². Só se chega, contudo, a essa compreensão do fenômeno jurídico se é adequadamente restabelecida a prioridade da realidade sobre a razão, e portanto do direito sobre a lei, do *ius* sobre a *ratio iuris*. A orientação ao justo, ao prático-concretamente devido, e a sua prioridade relativamente à lei, enquanto ordenamento da razão, são, com efeito, o equivalente na prática jurídica à abertura à realidade⁹³³. A lei é simultaneamente caracterizada como uma *ratio iuris*, um ordenamento da razão, uma certa regra da prudência ou simplesmente “algo da razão” (*aliquid rationis*)⁹³⁴, e isso significa, dentre outras coisas, que é necessariamente imperfeita, pois a razão humana é como tal defeituosa, e mesmo a *participatio* na lei eterna, de que resulta a lei natural, é “uma forma inferior de conhecimento”⁹³⁵, por não passar do precário modo humano de participar intelectual e racionalmente da razão divina: *ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte*⁹³⁶. A

⁹³¹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 49, art. 1.

⁹³² “Tomás de Aquino tuvo presente este problema, el de las relaciones entre el ‘derecho’ y la ley, y dejó escrito en varias ocasiones que la ley no es más que ‘una cierta causa’ (*aliqua causa*) del Derecho, de modo que la norma general es sólo una dimensión o vertiente más, en la configuración final de la decisión justa. En efecto, en el juicio prudencial que constituye al ‘derecho’, hay que atender, ante todo, al problema o caso que reclama solución; no existen reglas inamovibles pre-fijadas que señalen unívocamente la solución a seguir. Joaquín Hopper nos informaba, sobre este punto, que existen muchos ‘principios particulares’ (*principia particularia*), que llamamos ‘reglas’, *Regulae*, y que existen tantas ‘reglas’ como cosas, conductas, hay que hacer. Entre estas *regulae* no existe una jerarquía preestablecida: los principios suben o bajan, predominan o quedan subordinados según las exigencias de la situación que hay que resolver” (Francisco Carpintero, “Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural”, *Persona y Derecho* 27 [1992], pp. 179/80). E ainda: “Por decirlo con una terminología más actual, no existía una jerarquía de valores rígida, sino que los principios bajaban y subían en la escalera de la importancia según las circunstancias. No eran las normas las que se imponían en su sublimidade, sino que éstas mendigaban – por así decir – ser tenidas en cuenta en cada caso” (Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 57).

⁹³³ Nesse sentido, v. Carpintero, “Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural”, op. cit., pp. 170-97.

⁹³⁴ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 90, art. 1.

⁹³⁵ Carpintero, “Tomás de Aquino ante la ley natural”, op. cit., pp. 326/7.

⁹³⁶ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 91, arts. 2 e 3.

razão humana não é em si mesma sequer regra das coisas, e além disso a razão prática não pode ter o predicado da infalibilidade, já que trata da ação e conseqüentemente de coisas singulares e contingentes, acerca das quais nossos juízos são incertos e mais sujeitos a falhas. Então as leis humanas, sendo embora disposições particulares descobertas pela razão prática procedendo da lei natural, são mutáveis e necessariamente imperfeitas⁹³⁷, e a sua caracterização como uma certa *ratio iuris* antes confirma do que infirma a conclusão de que não são senão juízos nossos acerca do que é justo, podendo portanto falhar tanto em geral quanto em concreto, porque afinal as coisas é que são a medida da razão e não a razão a medidas das coisas⁹³⁸, pelo que será o justo, a “própria coisa justa”, a medida jurídica da lei, e não a lei a medida do justo. A lei em sentido estrito era então compreendida como uma certa expressão do direito na medida em que consubstanciava um saber acerca daquilo que é justo, e considerava-se que a ela devíamos respeito por tratar-se de um *regra* em sentido próprio, ou seja, de um critério racional que buscava impor-se por sua racionalidade, ou, o que dá no mesmo do ponto de vista estritamente jurídico, por encerrar aquele específico conhecimento de uma realidade que, como tal, tem precedência sobre a razão e é critério dos nossos juízos⁹³⁹. Se é a razão que há de acomodar-se às coisas, as regras, como ordenamentos da razão, devem se acomodar à “coisa direito”, e são, afinal, uma pobre representação dessa coisa a que se referem. Essa é a premissa fundamental para compreender os princípios e regras jurídicos, bem como o sentido jurídico e a relevância prático-judicativa da lei⁹⁴⁰.

Quando então dissemos que nesse quadro de ideias a prioridade não só metodológica mas também ontológica é do justo e não dos critérios jurídicos, o propósito era ainda apenas o de enunciar o que agora está claro relativamente à

⁹³⁷ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, qq. 91, art. 3, 94, art. 2 e 97, art. 1.

⁹³⁸ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 93, art. 1.

⁹³⁹ Carpintero, *Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., pp. 46 e 110.

⁹⁴⁰ Devemos essa conclusão sobretudo à excepcional síntese de Francisco Carpintero acerca da concepção subjacente à compreensão tomista da lei, reiterada em inúmeros lugares e suscintamente exposta nos seguintes termos: “Tomás da a entender que «las cosas» son transformadas o reelaboradas en el proceso racional (indiget transmutationem), de forma que al final del proceso obtenemos una pobre replica. La razón ha de acomodar-se a las cosas, porque no es el proceder racional o la «ratio rationis» la que mide las cosas, sino al contrario: «La razón humana no es la medida de las cosas, sino al revés». Obviamente, el intelecto humano solamente es verdadero en la medida en que *consonat* con las cosas” (*Historia breve del Derecho Natural*, op. cit., p. 86).

própria lei. Segundo Passerin d'Entrèves, a lei é apenas um *pronunciamento* acerca do valor da ação, uma *indicação* daquilo que é praticamente bom ou mau⁹⁴¹. O que significa que do ponto de vista jurídico, e especialmente no contexto da prática jurídica, a lei terá o sentido de um pronunciamento indicativo daquilo que de algo é devido a alguém em algum contexto mais ou menos delimitado. Mesmo quando esteja já formulada e reduzida a escrito, deverá a lei, então, ser compreendida, assimilada e tratada tal como aquilo que juridicamente é: uma precária interpretação linguística da extrapositiva “coisa direito”, “une pensée sur la chose”⁹⁴², e, portanto, uma indicação geral e necessariamente limitada daquilo que é devido a alguém ou, considerada em seu papel prático-judicativo, da solução justa de um conflito jurídico⁹⁴³. Até a densificação do seu sentido prático-normativo por um juízo prudencial acerca do justo concreto, diríamos com Kaufmann (por motivos embora diversos e sem prejuízo das ressalvas que anteriormente tivemos a oportunidade de lhe opor) que a lei é apenas uma possibilidade do direito, não em si mesma a sua inteira realidade⁹⁴⁴. Aristóteles insinuou algo assim, conforme destacou Voegelin⁹⁴⁵, quando atribuiu um grau maior de verdade aos juízos acerca da ação concreta do que aos princípios éticos gerais⁹⁴⁶.

A gênese das regras jurídicas numa experiência de índole autenticamente jurisprudencial obedece a essa lógica: na medida em que a *praxis* vai revelando soluções apropriadas ao fim relevante, que é o de dar a cada um o que lhe é devido nas circunstâncias, vão se estabilizando critérios em que aquelas soluções normativamente se consubstanciam. Já vimos que foi precisamente assim que se formou o direito romano, e ainda hoje é assim no mundo do *common law*. Em direito comparado, encontramos frequentemente distinguidas as tradições inglesa e continental por referência à percepção preservada pelos *common lawyers* de que a *legal rule* é um critério descoberto no caso e para solucioná-lo, e não um mandado

⁹⁴¹ Passerin d'Entrèves, *Natural law*, op. cit., p. 79.

⁹⁴² Villey, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, op. cit., p. 118.

⁹⁴³ Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., esp. pp. 63, 67, 73 e ss. e 94.

⁹⁴⁴ Arthur Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, tradução de Gaetano Carlizzi, Napoli, Vivarium, 2004, p. 22; idem, “La «ipsa res iusta»...”, op. cit., p. 109; idem, “Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica”, op. cit., p. 149.

⁹⁴⁵ Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., p. 187.

⁹⁴⁶ Aristóteles, *EN*, II, 7, 1107a28 e ss.

imperativo que provém de uma instância legislativa e se impõe com a força de uma necessidade lógica⁹⁴⁷. A tendência no *common law* é, com efeito, a de avançar do particular para o geral e, com isso, acentuar o caráter indutivo do processo formativo das regras jurídicas⁹⁴⁸. Isso fica particularmente claro quando o devido destaque é dado ao proceder analógico típico de uma prática jurídica voltada à adequada solução de problemas prático-normativos concretos: “the rules arise out of a process which, while comparing fact situations, creates the rules and then applies them”⁹⁴⁹. As distinções que nesse andamento de caso a caso se impõem implicam uma contínua reelaboração praxística das regras existentes, eventualmente exigem a elaboração de novas regras capazes de incorporar critérios decorrentes das distinções relevantes e levam à formulação ou reformulação de princípios capazes de darem conta das novidades, rearticulando num todo consistente os critérios que assim vão sendo obtidos⁹⁵⁰. Mesmo quando porventura haja já, como normalmente há, todo um acervo de critérios legais ou precedenciais capazes de orientar a solução dos casos novos, reconhece-se que a regra jurídica é mais uma generalização das decisões a que em cada caso se chega do que um critério pressuposto que se impõe em seus próprios termos. E ainda que as regras que assim se formem venham reiteradamente à consideração por sua capacidade de adequadamente orientar a solução de casos novos, o processo analógico que entretece a prática jurídica com o propósito de assegurar a justeza da solução dada a cada caso provoca uma contínua revisão e reelaboração dos princípios e regras consagrados pela experiência anterior⁹⁵¹. A lei não é, então, por si mesma um

⁹⁴⁷ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, traduzido por Hermínio A. Carvalho, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 326.

⁹⁴⁸ Carleton Kemp Allen, *Law in the making*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1958, p. 158.

⁹⁴⁹ Edward H. Levi, *An introduction to legal reasoning*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1949, pp. 03/4.

⁹⁵⁰ “As cases dealing with a particular area of the law are decided, the rules dealing with topics within that area are elaborated in greater detail, some distinctions being approved and embodied in rules and others being asserted and, after consideration, being rejected. The demand for consistency leads in time for to the formulation of general principles that account for the distinctions that are made” (Lloyd L. Weinreb, *Legal reason. The use of analogy in legal argument*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2005, PP. 106/7).

⁹⁵¹ “Although the materials - a statute and interpretations of it, prior decisions, and so forth - on the basis of which the case is decided are available before hand, the rule of the case itself is not. The rule of the case is a generalized statement of the decision, not the predicate on which the decision rests. To be sure, once a case has been decided, the rule of the case is a part of the materials on which decisions *in future cases* are based (and, as such, is itself subject to interpretation). Rather than the analogy depending on the rule, the rule depends on the analogy, which is the means by which the

critério jurídico autossustentado do qual as decisões são deduzidas⁹⁵². Os critérios jurídicos podem ter a sua origem na lei, mas chegam à sua jurídica conformação mediante um contínuo processo de reelaboração judicativa por meio do qual se inserem num *corpus iuris* que transcende a lei: “as disposições da lei inglesa acabam rapidamente sendo submersas por uma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substitui à dos textos legais; o espírito geral da lei arrisca-se a ser esquecido e a finalidade que ela procurava atingir perde-se de vista, no emaranhado das decisões que se destinaram a resolver, cada uma delas, um ponto de pormenor particular”⁹⁵³. Os princípios e normas jurídicas são, portanto, o produto de um processo dinâmico e complexo centrado numa prática dedicada à adequada solução de casos concretos.

Embora o pensamento jurídico moderno tenha, sobretudo no continente europeu, obscurecido essa dinâmica, a metodologia jurídica contemporânea teve o mérito de restabelecer a ordem das coisas quando logrou voltar a reconhecer que a intenção fundamental do direito é a justa solução de um conflito⁹⁵⁴. Desde que a materialmente adequada solução de um problema prático-normativo concreto retome o seu posto, superando ou deslocando para a margem qualquer outra teleologia que em seu lugar queira definir o papel do direito e a tarefa da jurisdição, ficamos a um curto passo de reconhecer, por se tornar inevitável – dada, evidentemente, a premissa de que então se parte –, que a prática judicativa é constitutiva – ainda que apenas concorrentemente, mas sempre com protagonismo – da própria juridicidade e dos particulares critérios que a vão explicitando. Se, de fato, a prioridade é da justeza da solução a dar a um caso, e se é a esse específico objetivo que toda juridicidade é voltada, não há como recusar o caráter jurígeno da *praxis*. Mesmo que na perspectiva da prática realização do direito se vá dos princípios e critérios

materials of the law are brought to bear on the particular facts of the case” (Weinreb, *Legal reason. The use of analogy in legal argument*, op. cit., p. 115).

⁹⁵² Pois admite-se afinal que as leis são realmente, como vimos, expressões linguísticas imperfeitas de nossas limitadas capacidades racionais e generalizações insuscetíveis de dar conta da infinita variabilidade das situações que ensejam as relações humanas, demandando um adequado tratamento jurídico: “Every law, or rule, is an attempt at a comprehensive generalization; and it has to be expressed in words, written or spoken. In both aspects is doomed from birth to be imperfect. No generalization is ever completely comprehensive, because it is beyond the wit of man to foresee all the permutations and combinations of circumstances to which it may have to be applied; and this is particularly true of law, which is concerned not with abstractions for their own sake, but with human relationships” (Allen, *Law in the making*, op. cit., pp. 331/2).

⁹⁵³ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., pp. 343/4.

⁹⁵⁴ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 186/7.

jurídicos à realidade concreta do caso jurídico, do ponto de vista da sua constituição o movimento se inverte, como que a formar um círculo em que o momento constitutivo da juridicidade é aquele em que transitamos do problema que o caso suscita para um critério em que aquele problema encontra a sua solução: “Se o jurídico vai dos princípios à realidade numa intenção de realização, *vai também da realidade aos princípios numa intenção de constituição*, para voltar a percorrer o sentido inverso através da sua histórico-concreta problemática” (grifo nosso)⁹⁵⁵. Que as coisas assim se passem não é, contudo, e como estamos a salientar, apenas o corolário de uma inevitabilidade metodológica, ou, como quer a hermenêutica filosófica, uma implicação necessária das condições de possibilidade de toda e qualquer compreensão, pois que *deva ser* assim é especialmente, e sobretudo, uma exigência normativa da abertura intencional ao, e de um compromisso axio-teleológico com, o justo concreto e a sua histórico-comunitária realização prática. Estamos de acordo com Castanheira Neves quando assevera que a experiência jurídica é a “matriz constitutiva da juridicidade enquanto juridicidade”, e que é na experiência jurídica jurisdicional que o universo jurídico se revela como um universo específico e autônomo⁹⁵⁶, mas acreditamos, como o nosso Professor, que isso pode ser e só será assim porque e na medida em que a prática judicativa em que consiste a jurisdição assuma que o seu primordial compromisso é antes de qualquer outro com o direito em sentido próprio – ou seja, com um direito que, conforme pudemos ver, consiste primeiramente naquilo que é externamente devido a outro em um contexto conflitivo concreto. Enquanto a prática jurídica permanecer voltada à justa solução de problemas tipicamente jurídicos, que são aqueles em que avulta a questão do que é concretamente devido a alguém em uma relação, o ponto de partida do discurso jurídico terá de ser o caso decidendo e a norma terá de perfilar-se apenas “como um eventualmente prestável critério orientador da solução jurídica de um certo problema prático concreto”⁹⁵⁷. E com isso o que na experiência jurídica “se revela” não poderá ser jamais uma normatividade pressuposta, e sim efetivamente um “contínuo problematicamente constituendo”⁹⁵⁸. Foi então por

⁹⁵⁵ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., p. 173.

⁹⁵⁶ Castanheira Neves, “Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema”, *Digesta*, v. 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 14/5 e 33/4.

⁹⁵⁷ Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao direito*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 651.

⁹⁵⁸ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 38.

manter-se presa àquela que é a intencionalidade específica de uma prática autenticamente jurídica que a experiência romana, como acontece ainda hoje no contexto do *common law*, foi dando lugar a um saber tipicamente jurídico que por sua vez foi se precipitando na forma de critérios jurídicos. Sempre que a justa solução do caso for a tarefa a cumprir, a prioridade terá de ser metodologicamente do problema concreto que o caso suscita e as normas jurídicas ter-se-ão de ver e considerar como resultados precários da tentativa de estabilizar critérios a que se tenha porventura chegado para resolver os problemas suscitados pelos casos até então decididos⁹⁵⁹. É só assim que de uma prática comunitária resultará uma ordem de direito, e numa ordem dessas as regras jurídicas não poderão ser, como de resto não são, constitutivas por si mesmas da juridicidade, já que aí não passam de, e não podem deixar de ser, apenas limitadas manifestações normativamente relevantes de uma juridicidade que as transcende e em que se integram por encerrarem um saber acerca daquilo que na generalidade dos casos a que se referam é concretamente justo. Manifestações essas que, bem vistas as coisas, poderão ou não sublimar-se na forma da lei, e que não terão necessariamente reduzidos o seu *status*, a sua relevância e a sua autoridade apenas porque porventura não lograram receber uma formulação legislativa. E assim serão normas de direito, regras ou princípios jurídicos, todos aqueles critérios emergentes da *praxis* que encerrem um saber praticamente adquirido e histórico-comunitariamente estabilizado acerca do que em dadas circunstâncias é concretamente justo⁹⁶⁰. A tendência é que por isso sejam tais normas integradas ao *corpus iuris* e que, por outro lado, sejam dele excluídas se na prova da *praxis* não se mostrarem capazes de seguir cumprindo aquela que é a específica intencionalidade da juridicidade e de cada um dos seus critérios, a

⁹⁵⁹ Nessa mudança de perspectiva que vem a traduzir-se “no postular o caso jurídico como o *prius metodológico*”, ou seja, não apenas como “o objecto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”, a chamada interpretação jurídica “só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo” (Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 142).

⁹⁶⁰ Estamos assim claramente tomando partido numa antiquíssima querela em favor daqueles que delimitam o domínio dos critérios jurídicos mais por seu conteúdo do que por sua origem ou forma, e cujo pensamento encontramos adequadamente sintetizado por A. P. d'Entrèves: “A law which lacks authoritative sanction may yet be law. [...] The emphasis is shifted from *ius quia iussum* to *ius quia iustum*, from the form of the law to its content” (*Natural law*, op. cit., 77).

despeito de terem e ainda que tenham sido trazidas à consideração por meio de uma articulação legal que as tenha consagrado⁹⁶¹.

A essa questão da relevância prático-judicativa e também à da sobrevivência dos critérios jurídicos voltaremos mais tarde. O que queremos agora sublinhar, em conclusão, é que a norma jurídica em sentido próprio é e deve ser compreendida e tratada como uma explicitação de exigências prático-normativas concretas, e isso quer dizer, sob as premissas anteriormente estabelecidas, que a norma jurídica é e terá de continuar a ser em sentido próprio apenas uma formulação imperfeita, e portanto precária, de um conhecimento do justo derivado da e confirmado pela experiência e do qual retira tanto o seu valor normativo quanto os seus jurídicos limites normativos⁹⁶². Com o que aliamos uma compreensão da gênese das normas que encontramos contemporaneamente reafirmada, por exemplo, em Hayek⁹⁶³ e em

⁹⁶¹ É nesse “momento de objectivação”, mediante uma prático-judicativa integração ao *corpus iuris* (como um seu assimilado elemento normativo), que os critérios jurídicos adquirem a sua vigência e passam a compor aquela normatividade jurídica a que chamamos *direito* (v., a esse respeito, Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 91-3).

⁹⁶² Voltaremos oportunamente a essa fundamental problemática dos limites das normas, incluindo as normas legislativas, mas podem-se desde logo consultar a esse respeito as fundamentais lições de Castanheira Neves em “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 74-9, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 07-10, e ainda o que acerca do tema ensina Fernando José Bronze em *Lições de introdução ao direito*, op. cit., pp. 722-42.

⁹⁶³ “[A]lthough rules of just conduct, like the order of actions they make possible, will in the first instance be the product of spontaneous growth, their gradual perfection will require the deliberate effort of judges (or others learned in the law) who will improve the existing system by laying down new rules. Indeed, law as we know it could never have fully developed without such efforts of judges, or even the occasional intervention of a legislator to extricate it from the dead ends into which the gradual evolution may lead it, or to deal with altogether new problems. Yet it remains still true that the system of rules as a whole does not owe its structure to the design of either judges or legislators. It is the outcome of a process of evolution in the course of which spontaneous growth of customs and deliberate improvements of the particulars of an existing system have constantly interacted. Each of these two factors has had to operate, within the conditions the other has contributed, to assist in the formation of a factual order of actions, the particular content of which will always depend also on circumstances other than the rules of law. No system of law has ever been designed as a whole, and even the various attempts at codification could do no more than systematize an existing body of law and in doing so supplement it or eliminate inconsistencies” (Friedrich A. Hayek, *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. v. I: *Rules and Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1983, p. 100). E ainda: “The judge, in other words, serves, or tries to maintain and improve, a going order which nobody has designed, an order that has formed itself without the knowledge and often against the will of authority, that extends beyond the range of deliberate organization on the part of anybody, and that is not based on the individuals doing anybody’s will, but on their expectations becoming mutually adjusted. The reason why the judge will be asked to intervene will be that the rules which secure such a matching of expectations are not always observed, or clear enough, or adequate to prevent conflicts even if observed. Since new situations in which the established rules are not adequate will constantly arise, the task of preventing conflict and enhancing the compatibility of actions by appropriately delimiting the range of permitted actions is of necessity a never-ending one, requiring not only the application of already established rules but also the formulation of new rules necessary for the preservation of the order of actions. In

Luhmann⁹⁶⁴, a uma pressuposição clássica que temos por verdadeira e cuja recuperação é essencial para a elucidação do sentido do direito: na *praxis* jurídica o jurista se abre para a realidade do justo e é na medida apenas em que resultem dessa abertura que as normas jurídicas formarão uma ordem de validade material a que poderemos qualificar como uma ordem *de direito*. O que significa, invertendo a perspectiva, que o direito será uma ordem de validade material resultante de uma prática judicativa orientada à solução de problemas prático-normativos com intenção ao justo concreto. Com o que os princípios e regras jurídicos serão apenas as precipitações circunstanciais do conhecimento prático-normativo que dessa *praxis* vai resultando.

3.3. O direito e a razão

A existência de critérios já mais ou menos estabilizados, permitindo que uma dada experiência seja reconhecida como jurídica, não pode obscurecer o fato de que o justo que ao jurista importa não é um preexistente critério ou algo que o critério desde logo encerra e esgota, mas antes e fundamentalmente a *incógnita de um caso*. O que convoca o jurista é não a questão do que em si mesmos dizem certos critérios acerca do justo, mas a pergunta pela justa solução de um caso — o problema judicando é, afinal, relativo à solução de um caso, e não ao sentido de quaisquer critérios. E embora a atual existência de uma juridicidade densificada por critérios seja uma condição para o reconhecimento do problema e do caso como um problema e um caso jurídicos, a exigirem a intervenção de um especialista que poderá então ser chamado jurista, o que dá identidade jurídica àquele caso e

their endeavour to cope with new problems by the application of 'principles' which they have to distil from the *ratio decidendi* of earlier decisions, and so to develop these inchoate rules (which is what 'principles' are) that they will produce the desired effect in new situations, neither the judges nor the parties involved need to know about the nature of the resulting overall order, or about any 'interest of society' which they serve, beyond the fact that the rules are meant to assist the individuals in successfully forming expectations in a wide range of circumstances" (idem, *ibidem*, pp. 118/9).

⁹⁶⁴ "[R]easons are not *points* of view, which can be defined simply. They are complex processes of thought, which justify both the inclusive and exclusive effects that they have. Only with an eye to their reuse or the consequences of their reuse are they condensed into rules in order that their identity remain recognizable and referable. Simultaneously, reuse confirms the reason as being suitable for use in other decisions and gives it a generalized and enriched meaning. The products of such a process of confirmation can, in turn, be condensed in principles, which say nothing about the differences but which come to be treated as the definitive points of view for a decision. It takes time and above all the experience of many cases to bring such principles to maturity. Their power to convince grows with a proven track record in a variety of cases. Once all of this has been put in place, it is no longer so easy to reject traditionally established reasons and to replace them with new ones" (Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., p. 328).

constitui o seu problema é a pergunta pelo devido por alguém a outrem. É esta a incógnita que o jurista deve resolver, e só depois de analisarmos o que é característico e constitutivo do saber que dá resposta *àquela incógnita*, e não a qualquer outra, poderemos dizer algo de mais conclusivo acerca da sempre renovada questão relativa às relações entre o direito e a razão.

Foi, de fato, a formação de um tal saber que permitiu a emergência histórica do direito. Em quaisquer contextos onde os homens se relacionem haverá sempre casos, naquele específico sentido a que temos aludido, ou seja, problemas relativos ao que alguém deve a outrem⁹⁶⁵. E onde houver homens convivendo e partilhando o mundo⁹⁶⁶, tais problemas moverão à busca de adequadas soluções – à busca, portanto, do justo, do devido. Isto é assim porque o homem é naturalmente dotado de uma capacidade inquisitiva orientada ao bom, ao belo e ao justo – lhe é próprio, podemos novamente dizer com Aristóteles, o *logos*⁹⁶⁷. A pergunta pelo justo como que lhe vem, portanto, naturalmente. Aflora diante da situação. Contudo, para que casos daquele tipo deem lugar a uma experiência autenticamente jurídica, resultando na estabilização de critérios que constituam uma normatividade e permitam a quem vier depois notar a novidade e especificidade disso tudo, é praticamente indispensável o surgimento de alguém que se notabilize na solução de casos, por sua competência para resolver o problema do justo concreto – um *expert*, portanto, em casos jurídicos. Pois sem este sujeito – na verdade sem um bocado deles, e mesmo sem uma sucessão de gerações deles – não haverá condições para a acumulação e tradição de um distintivo saber acerca do justo, de como solucionar casos justamente. Foi nisto que Roma inovou, e por isso se diz que lá nasceu o direito. Diversamente do que acontece em outras partes, em Roma se forma uma classe de especialistas no justo concreto. E se deste contexto herdamos o direito tal como o viríamos a conhecer, foi porque soubemos reconhecer que a prática dos jurisconsultos romanos, assim como os conceitos e regras que traduziam os critérios dessa prática, involucravam um saber especializado. Poderíamos ter de fato

⁹⁶⁵ Daí porque o problema sobre o qual se volta a prática jurídica seja necessário, embora seja o próprio direito apenas uma resposta histórica possível a esse problema necessário (Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., p. 839).

⁹⁶⁶ É essa a “condição mundanal” para a emergência do direito (Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., pp. 841/2).

⁹⁶⁷ Aristóteles, *Política*, I, 2, 1253a14-18.

renunciado à herança, mas dela nos apropriamos pela convicção de que em seu direito os romanos imprimiram um valioso acervo de conhecimentos que não poderíamos nos dar conscientemente o luxo de esquecer. E tanto é assim que, mesmo no desabrochar da modernidade, o direito romano ainda conservava algum vigor não *ratione imperii*, mas *imperio rationes*⁹⁶⁸.

Queremos então descobrir a especificidade daquele saber que destaca o jurisconsulto e conferia ao direito romano e confere ainda hoje, ao direito em geral, a sua força, pois se a relação entre a juridicidade e a razão que efetivamente nos importa é aquela que corresponde à realidade do fenômeno jurídico, nada melhor do que procurarmos ver como o direito e a racionalidade se ligam numa experiência verdadeiramente jurídica, ou seja, num contexto humano-cultural em que o *ius* encontra as condições para aparecer em sua autonomia. A tarefa não é simples, pois com a ruptura moderna o justo foi assimilado ao legal, e o saber jurídico assumiu uma índole teórica. Desde a redução do direito à lei, o conhecimento jurídico vem compreendido como um conhecimento *da lei*, e, portanto, de um dado pressuposto que se oferece ao conhecimento em sua autosubsistência significativa. De qualquer modo, é também verdade que o século do totalitarismo abalou fortemente a confiança iluminista na legalidade, com o que acabou por motivar um continuado e relevantíssimo esforço de recuperação do sentido de uma juridicidade que está para além da lei. E muito desse esforço se concentrou na necessidade de restaurar o caráter prático-prudencial da racionalidade jurídica, contra a pretensão dedutivista da teoria da subsunção. Devemos então partir das aquisições que aquele esforço proporcionou, pois nunca convém dispensar – em direito como também acerca dele – aquelas descobertas e redescobertas que o homem vai logrando naquela busca por sentido que lhe é própria e distintiva.

Uma daquelas aquisições diz respeito ao caso, de que antes já falávamos, e remete a outra, relativa à índole do problema que a ele se liga. Pelo menos desde Viehweg, o pensamento jurídico vem acentuando a relevância prático-judicativa do caso concreto, e isso a ponto de Esser sustentar, no que se pode considerar uma autêntica virada metodológica, que é o problema, e não o sistema, que constitui o

⁹⁶⁸ R. C. van Caenegem, *Judges, legislators & professors. Chapters in European legal history*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 126; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., p. 172.

centro do pensamento jurídico⁹⁶⁹. Ninguém nunca desconheceu, e atualmente ninguém desconsidera, que, como disse Kriele, na vida abundam problemas que extrapolam os limites da fantasia⁹⁷⁰. Um dos erros capitais do normativismo foi o de desconsiderar essa obviedade ou de, apesar dela, supor que seria possível dominar a complexidade dinâmica da realidade histórica mediante um sistema enunciado *a priori*⁹⁷¹. E esse erro foi, como já se sabe, uma das razões decisivas da superação do “método jurídico”. Compreende-se hoje que mesmo no domínio da aplicação da lei a interpretação jurídica deve ser orientada a uma adequada solução do caso, considerando as suas peculiaridades. A solução que juridicamente o caso concreto reclama e que melhor adere às suas particularidades é a razão de ser da interpretação e o que acaba por determinar o sentido normativo da norma. A lei deve ir sendo responsabilmente reconstruída no contexto da sua prática aplicação na medida em que isso se torna necessário para responder a um problema concreto suscitado por um caso, e esse acento no problema faz da interpretação jurídica uma atividade criativa porque mediante uma determinação de sentido normativo orientada pelas exigências prático-normativas do caso o jurista acaba por inexoravelmente participar da “criação” de uma norma que está para além da lei e não se encerra inteiramente em seu texto⁹⁷². É evidente que esse modo de compreender o fenômeno não se deve apenas à constatação de que as normas do sistema são e inevitavelmente serão insuficientes para dar conta de todos os problemas e indicar com clareza a solução apropriada a cada um. A isso, que é uma evidência, vai agregada uma atitude relativa à relevância jurídica do caso que supera o reconhecimento dos limites da norma, e que bem podemos exprimir nas palavras de Castanheira Neves: “O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um *critério prático normativo adequado* de decisão dos casos concretos (como critério-hipótese exigido, por um lado, e a submeter, por outro, ao discurso normativamente problemático do

⁹⁶⁹ Esser, *Principio y norma...*, op. cit., p. 09.

⁹⁷⁰ Martin Kriele, *Diritto e ragione pratica*, tradução de Vincenzo Omaggio e Paola Paumgardhen, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 89/90.

⁹⁷¹ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 223.

⁹⁷² “Interpretazione giuridica significa infatti in primo luogo comprensione della legge, ma anche un ripensamento responsabile della legge, nella misura in cui ciò si rende necessario per rispondere ad un problema concreto sollevato da un caso. L’ermeneutica giuridica è pertanto *partecipazione alla creazione delle norme*, dunque ‘ermeneutica applicativa’” (Kriele, *Diritto e ragione pratica*, op. cit., p. 78).

juízo decisório desses casos). Uma «boa» interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto⁹⁷³. É quando nesses termos se redimensiona a tarefa do jurista, colocando sob os seus cuidados já não apenas a operação e a preservação de um sistema, mas sobretudo a adequada solução do caso, consideradas as suas circunstâncias e a sua específica problematidade, que alcançamos uma verdadeira inversão de perspectiva. Ultrapassamos assim a pura e simples constatação de que a aplicação da norma é sempre também atributiva de sentido e chegamos à *exigência* de que a atribuição de sentido de que se trata em toda interpretação e que resulta de toda aplicação se dê no caso, para resolvê-lo e *de forma a melhor solucioná-lo*. O sentido normativo da norma pode de fato sempre resultar da sua aplicação, mas isso não é o mesmo que dizer que o sentido normativo apropriado é aquele que resolve com justeza os casos que são trazidos ao âmbito de aplicação da norma num *continuum* problemático que vai reconstituindo e enriquecendo a juridicidade – esta é já uma exigência normativa material, e não uma constatação de fato, relativa às condições de possibilidade de todo e qualquer conhecimento ou mesmo apenas do conhecimento jurídico. Uma coisa é, portanto, o círculo hermenêutico da hermenêutica filosófica, e outra o círculo metodológico que decorre dessa exigência – e isso não obstante a clara analogia entre um e o outro⁹⁷⁴. O problema jurídico, nessa perspectiva que privilegia o caso, deixa de ser hermenêutico e assume uma índole autenticamente normativa⁹⁷⁵. Os tradicionalmente distintos momentos da interpretação, da integração e da aplicação jurídicas são assim metodologicamente integrados em concreto e concorrem integradamente para a realização de um único objetivo prático-normativo: “a correcta (materialmente adequada e normativamente justa) realização do direito”⁹⁷⁶. O que nos remete para o problema da especificidade desse problema normativo, e tudo a autorizar desde logo a afirmação de que se trata de um problema *prático-normativo*, já que a exigência que o caso dirige ao jurista convoca um juízo acerca do que fazer para uma sua adequada solução concreta. Essa dimensão prático-concreta da

⁹⁷³ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 84.

⁹⁷⁴ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 83 e 125/6.

⁹⁷⁵ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 84 e 115.

⁹⁷⁶ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 126.

atividade jurídica foi sendo descortinada à medida que iam ficando para trás o legalismo e o “método jurídico” da teoria da subsunção, e culminou também no domínio da juridicidade em uma reabilitação da razão prática⁹⁷⁷. E é aqui que vamos encontrar a aquisição mais significativa do pensamento jurídico contemporâneo para a indagação que nos ocupa no momento. Segundo José Lamago, nas últimas décadas houve um movimento de “recuperação do paradigma jurisprudencial do «prudente»”⁹⁷⁸. Com o que o conhecimento jurídico voltaria a ser um conhecimento prático-prudencial, e a *iurisprudencia* a virtude do jurista.

O que entra assim em questão é o problema da razão jurídica, ou da razão no direito. Nosso específico saber é um saber de normas ou seria diversamente um saber *prático-normativo*, um saber concreto acerca do que praticamente exigem as circunstâncias particulares de um caso jurídico? A realidade que mais diretamente nos interpela é a realidade de um sistema de normas ou a realidade concreta do *dikaion*? A incógnita do caso é mais propriamente relativa a critérios normativos ou ao *iustum* sobre o qual controvertem as partes? Nossa impressão é a de que a recuperação do paradigma jurisprudencial do prudente, de que nos fala Lamago, ainda não deu lugar a uma atenta consideração daquilo que o jurista conhece, daquilo que é propriamente o objeto específico do seu conhecimento, e de qual é, portanto, o caráter distintivo do seu saber e o papel da razão no direito. A incapacidade das normas de darem soluções claras a todos os casos, e mesmo o compromisso do pensamento jurídico com a justeza das nossas soluções, parecem nos remeter de volta à *iurisprudencia*, pois afinal se as regras não nos oferecem o que delas esperávamos, e não suprem as nossas expectativas, parece natural convocarmos novamente a prudência jurídica. Mas o problema da coisa-direito, para o qual chamou a atenção Hruschka, permanece na escuridão. É como se houvesse algum acordo quanto à necessidade da prudência para a aplicação das normas do sistema, mas sem nenhuma preocupação com aquilo que constitui o objeto do saber jurisprudencial. Talvez por uma certa persistência do normativismo, as regras permanecem no centro de nossas preocupações, e isso faz com que a prudência seja distorcida quase a ponto de reduzir-se a uma capacidade especial de manipular

⁹⁷⁷ Foi o programa que enunciou, por exemplo, e dentre tantos, Martin Kriele: “la giurisprudenza deve tornare a considerarsi um ramo della ‘prudenza’ filosófica, la teoria della ragion pratica” (*Diritto e ragione pratica*, op. cit., p. 07).

⁹⁷⁸ Lamago, *Hermenêutica e jurisprudência*, op. cit., pp. 49/50.

e aplicar normas. A realidade primária continua a ser o sistema, e a prudência uma habilidade subordinada à necessidade de corretamente aplicar os seus princípios e regras. Ocorre que o conhecimento da tal coisa-direito não é necessariamente derivado e nunca chega o momento em que possa ser alcançado por mera desenvolvimento lógico desde princípios e regras gerais⁹⁷⁹. Não advém primariamente das regras. Vem, em verdade, antes delas. E é de índole prudencial, prático-prudencial. Consiste na capacidade de discernir o *dikaion*, o *iustum*, a própria coisa justa, e é dele que inversamente resultam as normas propriamente jurídicas.

O problema que desafia o jurista é, como já mencionamos, um problema prático. A incógnita juridicamente relevante se traduz sempre num perguntar por aquilo que de algo deve ser dado a alguém em determinadas circunstâncias concretas, e portanto diz respeito ao agir circunstancialmente adequado, relativamente a alguém, no que concerne a algo. Estamos então no plano da *praxis*, e o problema a solucionar é de índole prático-*normativa*, por versar sobre o que *deve ser* dado a alguém por ser aquilo que lhe cabe (aquilo que é seu). É isso, ou sobretudo isso, o que importa ao e o que interpela o jurista. “O pensamento jurídico – ensina Castanheira Neves há décadas – é um pensamento «prático», não porque se venha a completar com uma ulterior tarefa de aplicação a casos concretos, mas porque a intenção que essencialmente o define e a estrutura metodológica que o realiza são imediatamente, na sua mesma índole e proceder, *prático-normativos*”⁹⁸⁰. A resposta que o jurista é convocado a dar é relativa a uma *exigência normativa*, porque o seu precípuo papel é afinal o de *julgar*: “o «seu problema» não é o de determinar cognitivamente um objecto, mas o de fundamentar normativamente uma exigência – pois não se trata de conhecer, e sim de julgar”⁹⁸¹. Ao destacar essa índole normativa do problema jurídico e da resposta que este problema reclama, não queremos de maneira nenhuma insinuar que se trata de um problema imediatamente concernente a normas. Pois se trata efetivamente de um problema *prático-normativo*, que emerge de um caso concreto e que é, então, *concretamente normativo*. Se traduz sempre por uma pergunta relativa ao que é externamente devido a alguém em uma relação que envolve sujeitos concretamente postos um

⁹⁷⁹ Parece ser esse o sentido da equiparação que Hruscka faz da apreensão da “coisa direito” à apreensão dos fatos (*La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., pp. 69/70).

⁹⁸⁰ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 231.

⁹⁸¹ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 921, n. 93.

frente ao outro em um contexto real que forja neles certas expectativas e pretensões e os leva a disputar algo, fazendo com que se tenha de questionar se algo e mais especificamente *o que* é porventura devido por um ao outro, e conseqüentemente como cada um deve agir relativamente ao outro e também como, em razão disso, deve agir relativamente a ambos quem estiver encarregado de resolver essa particular disputa. E se *há* aquilo que é devido, se em dadas circunstâncias algo é efetivamente devido, então o problema em questão é problema para um saber, uma incógnita que desafia a razão e se supera em concreto por um juízo que traduz um *conhecimento*. De fato, se, como acreditamos, aquilo que é concretamente devido, o *dikaion*, o *iustum*, a própria coisa justa ou a “coisa-direito” é uma realidade ou traduz uma exigência real, o conhecimento jurídico advém de uma abertura para uma específica realidade. Mas a realidade aqui em causa é uma realidade de caráter normativo, prático-normativo: aquilo que se deve realmente fazer relativamente a alguém no que concerne a algo. E por isso o conhecimento jurídico será prático-normativo ou, simplesmente, prudencial.

A prudência, conforme já tivemos a oportunidade de esclarecer, é a virtude da razão prática, e, como a razão em geral, tem por objeto a verdade, mas um particular tipo de verdade, pois o fim da razão prática é a ação⁹⁸², e, assim, a verdade de que aí se trata é aquela que se pode predicar do juízo relativo ao agir apropriado em um circunstancial contexto prático. A prudência orienta convenientemente a *praxis* porque faz bem ajuizar acerca da ação circunstancialmente apropriada. É, na sucinta e reiterada formulação de Tomás de Aquino, seguindo Aristóteles, a reta razão do nosso agir (*recta ratio agibilium*)⁹⁸³. Por ser eminentemente prático, o problema jurídico mobilizará também a razão prática e será, portanto, uma tarefa para a prudência. O que nos remete desde logo, por tudo que já se disse a respeito, para a questão daquilo que diferencia a prudência *jurídica* da prudência em geral. E não vemos como possa ser outro o seu critério distintivo senão a especificidade do problema prático que a prudência jurídica resolve. Se a acepção primeira de *iurisprudencia* é, como esclarece Massini Correias, o conhecimento do justo em sua máxima concreção⁹⁸⁴, e se daí tirarmos a significativa

⁹⁸² Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 47, art. 1.

⁹⁸³ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 47, arts. 2, 5, 6, 8 e 11, q. 49, art. 2, e q. 55, art. 3.

⁹⁸⁴ Massini Correias, *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 22.

e aparentemente justificada conclusão de que a prudência jurídica é a virtude que permite discernir o justo concreto, o que diferencia essa modalidade da prudência é a invulgar capacidade que dá ao agente de discernir a ação justa, ou seja, a ação mais ajustada ao *telos* da atividade jurídica, que é dar a cada um aquilo que lhe é concretamente devido, porque é seu. O conhecimento jurídico será então prático-prudencial porque o problema jurídico, sendo eminentemente prático, convoca uma racionalidade de tipo prudencial, que se diz *juris*-prudencial porque o problema prático em questão tem a peculiaridade de ser relativo ao justo concreto.

Esse saber prático-prudencial relativo ao justo concreto não é logicamente derivado de norma nenhuma, no sentido de que o juízo prático-normativo não é necessariamente verdadeiro tão-só por sua lógica derivação e não há, de outro lado, norma capaz de assegurar a veracidade do juízo prático-normativo. Aquilo de que é capaz o prudente não é garantido, a rigor, por método nenhum. Talvez não haja melhor síntese disso do que aquela que encontramos em um comentário de Tomás de Aquino à *Ética* de Aristóteles: “Como el discurso moral es, ya en lo universal, incierto y variado, aún lo es más si se quisiera ulteriormente descender poniendo la doctrina moral en quanto a cada caso en especial. Porque esto no cae bajo ningún arte, ni bajo exposición alguna. Pues las causas de cada operable varían de infinitos modos. Por eso, el juicio en quanto a lo singular, queda librado a la prudencia de cada qual”⁹⁸⁵. A ação ordenada ao *telos* relevante não pode ser aprioristicamente determinada, já que no plano da *praxis* os meios, ou seja, as ações ajustadas às circunstâncias, e ordenadas ao fim apropriado, “se diversificam de muitos modos segundo a diversidade de pessoas e negócios”⁹⁸⁶. Isso é assim também no domínio da juridicidade, pois das normas jurídicas apenas, por mais expressivas que logrem ser de um saber alcançado pela experiência acerca do que em geral é justo, não é possível extrair uma conclusão absolutamente segura acerca do que é devido a alguém em um contexto conflitivo concreto. E não queremos com isso, conforme já salientamos, insinuar que se trate de uma mera impossibilidade lógica. É sempre possível uma aplicação dedutiva da norma à revelia das exigências normativas que uma cuidadosa consideração das concretas peculiaridades do caso revelariam. O que, no entanto, geralmente não se consegue quando essas peculiaridades são

⁹⁸⁵ Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, op. cit., livro II, lição II.

⁹⁸⁶ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 47, art. 15.

negligenciadas, e quando a prudência deixa de cumprir o seu papel, é o discernimento do que é praticamente devido *naquele caso*. A prudência é normalmente indispensável não porque a norma não possa ser aplicada independentemente do que é justo, mas porque aquilo que é justo nas circunstâncias é normalmente prioritário e, portanto, a norma *não deve* ser interpretada e aplicada de maneira a resultar em uma solução inapropriada ao caso. A priorização das normas pressupostas em detrimento das exigências práctico-normativas dos casos desconsidera que a norma está para o caso assim como o pensamento está para a realidade, e que é a realidade das coisas que deve prevalecer sobre o que das coisas se pensa – são elas, afinal, a medida da nossa razão, e não a nossa razão a medida das coisas. Por isso mesmo se diz que o *phrónimos* é o próprio critério da correção da ação: enquanto a norma encerra um conhecimento decorrente de uma experiência anterior e por si mesma deixa inconsideradas as peculiaridades dos casos novos, a prudência é o atributo de alguém que se mantém aberto para a realidade e permeável às autônomas exigências práctico-normativas que advêm daquelas peculiaridades. São aquela abertura e essa permeabilidade que fazem do prudente o “portador vivente da norma”⁹⁸⁷, e somente quando encontra alguém aberto e permeável nesse específico sentido pode o problema do caso lograr uma solução ajustada às suas peculiaridades, a despeito dos diversos limites das normas.

Isso não significa que o justo não possa ser justo *por causa de uma norma*, pois há evidentemente aquilo que é justo porque o circunstancialmente devido é devido por determinação de uma norma. É aí que entra, a propósito, a distinção clássica entre o justo natural e o justo legal. Aristóteles diferencia um do outro explicitando que o justo natural é aquele que tem a mesma força em qualquer lugar e não depende do que se pensa a respeito, enquanto o justo legal é aquilo que em princípio é indiferente que seja de uma maneira ou de outra, mas não depois que a lei o tenha determinado⁹⁸⁸. A lei é, assim, declarativa do justo natural e constitutiva do justo legal⁹⁸⁹. É fundamental notar, contudo, que essa distinção diz respeito à ação, e não à legalidade. Não diferencia dois extratos legais, um natural e um

⁹⁸⁷ Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., pp. 40/1.

⁹⁸⁸ Aristóteles, *EN*, V, 7, 1134b18-24.

⁹⁸⁹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 60, art. 5.

positivo. A questão que Aristóteles quer assim elucidar é relativa ao que é justo em concreto, e diz respeito à ação humana. Na filosofia clássica, esclarece Voegelin, o “justo por natureza” (*physei dikaion*) é um símbolo de que se vale o filósofo para exprimir a sua experiência noética da ação humana justa, e não um corpo de normas de validade eterna e imutável. Só assim se compreende como pode o *physei dikaion* ser válido onde e quando quer que seja, ao mesmo tempo em que é um *kineton*, sempre mutável⁹⁹⁰. A única interpretação que essa dupla característica admite é a que identifica o justo natural com aquilo que é justo *em dadas circunstâncias* – e portanto sempre mutável porque depende dessas circunstâncias – mas ao mesmo tempo *sempre e em qualquer lugar onde as circunstâncias sejam as mesmas*, independentemente de qualquer convenção ou do que se pense a respeito. É justo por natureza que o bem vendido seja entregue ao comprador, assim como é justa por natureza a recusa em entregá-lo se foi pactuado que a entrega ocorreria após o pagamento do preço e o comprador está inadimplente, e portanto o que é concretamente justo, ainda que se trate do justo natural, dependerá sempre das circunstâncias, mas será o mesmo em qualquer tempo e lugar, como será justo em qualquer tempo e lugar recusar a entrega do bem vendido se o comprador deveria antes ter pago o preço e ainda não o pagou, embora em outras circunstâncias talvez possa o comprador exigir a entrega da coisa. Já o justo legal é aquele que depende de uma ulterior circunstância que é a determinação por uma autoridade do que deve ser feito e do que pode ser exigido, porque afinal as demais circunstâncias relevantes são insuficientes para essa determinação do que é devido. Assim, por exemplo, talvez seja justo por natureza que o cidadão contribua com uma parte da sua renda para a manutenção da sua comunidade política, mas somente por determinação legal é justo exigir de alguém que contribua com uma determinada parcela da sua renda. É justo por natureza que quem cause danos a terceiros por trafegar no lado proibido da via indenize os danos causados, mas somente por determinação legal se estabelece se um lado é proibido, e portanto se é exigível que ali ninguém trafegue, assim como somente por força de lei será justo que alguém exija do condutor uma determinada multa por trafegar no lado proibido da via. O justo natural e o justo legal são portanto predicados das ações humanas, e não dois extratos normativos hierarquicamente ordenados, e por isso prevaleceu por séculos a compreensão de que o direito natural é algo concreto, e não um segmento da

⁹⁹⁰ Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., p. 177/8 e 183.

legalidade⁹⁹¹. Mas é evidente, ainda assim, que o justo natural prevalece sobre o justo legal, embora isso signifique apenas que a ação devida continua a ser aquela que é justa por natureza se e quando a lei porventura invada o domínio do justo natural e possa dar lugar a uma conduta injusta. Não há dúvidas, então, de que eventualmente o justo depende de uma norma e, mais especificamente, de uma determinação legal. Mas, por outro lado, a prevalência do justo natural é um seguro indicativo da prioridade do caso, da prevalência do justo concreto, e portanto da subordinação da regra do caso ao praticamente ajustado às suas peculiares circunstâncias, razão pela qual mesmo o chamado “direito natural” é considerado uma determinação da prudência⁹⁹². Isso pode ser melhor esclarecido pela teoria clássica da equidade. O equitativo é também justo, mas um justo superior ao justo legal. Por ser universal, a lei toma em consideração o que habitualmente ocorre, e com isso deixa eventualmente de considerar possíveis peculiaridades que no contexto de um caso concreto podem exigir solução diversa daquela que a lei preceve. É nesse sentido que Aristóteles atribui à equidade um papel corretivo do justo legal. E é nesse sentido que o equitativo é superior ao justo legal: equitativo é aquilo que é ajustado às particularidades do caso, diversamente ou a despeito do que a lei prescreve⁹⁹³. Que isso queira em verdade dizer que o justo natural prevalece sobre o justo legal é esclarecido por Tomás de Aquino. A equidade não se afasta do justo em si mesmo, mas apenas do justo legal, pois afinal é a justiça legal que se dirige segundo a equidade, que, por sua vez, então se comporta como uma espécie de “superior regula humanorum actuum”⁹⁹⁴. O equitativo é, então, melhor que o justo legal, mas se contém sob o justo natural⁹⁹⁵. Se a lei é deficiente por ir concretamente contra o justo natural, deve-se recorrer à equidade⁹⁹⁶. E para que as prático-normativas exigências concretas do caso particular venham à consideração, dirigindo à lei uma interrogação que ela eventualmente não pode responder ou responde inadequadamente, dando então ensejo a uma solução por equidade, é

⁹⁹¹ Carpintero, “Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural”, op. cit., pp. 182-97.

⁹⁹² Luis Fernando Barzotto, “O Direito ou o Justo - O direito como objeto da ética no pensamento clássico”, *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 2000*, São Leopoldo, UNISINOS, 2000, p. 182.

⁹⁹³ Aristóteles, *EN*, V, 10, 1137b8-27.

⁹⁹⁴ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 120, arts. 1 e 2.

⁹⁹⁵ Tomás de Aquino, *Comentário a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, op. cit., livro V, lição XVI.

⁹⁹⁶ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 60, art. 5.

indispensável uma mediação prudencial. Isso significa que, a rigor, uma prática voltada àquela que é a específica intenção da juridicidade não remete à equidade nem convoca a prudência apenas ocasionalmente: a racionalidade que orienta essa prática é tipicamente prudencial e envolverá sempre uma problematização do critério normativo disponível para uma aferição da sua adequação às exigências do caso, remetendo-se, então, à equidade, sempre que a solução disponível se mostre inadequada ou insuficiente e for necessária e juridicamente justificada alguma adaptação ou mesmo uma autônoma constituição normativa⁹⁹⁷. Quer acabe por prevalecer o justo legal ou, por equidade, o justo natural, a despeito da lei, o julgamento do caso implicará sempre uma determinação do que é justo, ou do direito, à qual é chamado o juiz, cujo juízo (*iudicium*) será tanto um ato da justiça (*actus iustitiae*), enquanto inclina a julgar retamente, quanto um ato da razão (*actus rationis*) e, portanto, da prudência, que compreende uma específica capacidade chamada *synesis*, a virtude do “bom julgamento”, e mobiliza eventualmente uma “potência cognitiva mais elevada” chamada *gnome*, que dá certa perspicácia ao julgamento e intervém quando o caso não encontra adequada resposta nas regras comuns, devendo ser julgado à margem delas⁹⁹⁸. Com o que se confirma o que nos ensina Castanheira Neves acerca da experiência jurídica: é ela uma experiência de índole *prudencial* que remete a um concreto *juízo* normativo por meio do qual o direito se constitui e manifesta *enquanto se realiza*⁹⁹⁹.

Há, porém, um outro relevante aspecto disso tudo. A nossa mente seria incapaz de dar conta adequadamente da infinita variedade e da enorme contingência das circunstâncias concretas se as tomássemos todas sempre como se fossem inteiramente novas, desprezando a experiência de situações análogas e os critérios que vão sendo por essa experiência consagrados¹⁰⁰⁰. Se as regras são, então, inevitavelmente imperfeitas e limitadas, são também, por outro lado, praticamente indispensáveis, além de extremamente valiosas, por formarem um rico acervo de conhecimentos práticos derivados da experiência de gerações de “grave

⁹⁹⁷ E então poderemos dizer com Castanheira Neves que a equidade “não traduz uma intenção distinta da intenção jurídica”, pois “é antes um momento essencial da juridicidade” (*Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 351).

⁹⁹⁸ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 60, art. 1. Acerca da *synesis* e da *gnome*, v. idem, *ST*, II-II, q. 51, arts. 3 e 4.

⁹⁹⁹ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 28/9.

¹⁰⁰⁰ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 29/30 e 76-8.

and learned men”. O que faz do nosso problema prático-normativo um problema especificamente prático-*jurídico* não é, com efeito, somente a peculiaridade da incógnita, mas também a pressuposição de uma juridicidade que o problema convoca, de uma validade normativa que o problema interpela, porque afinal essa validade encerra um saber acerca do justo jurídico que faz dela uma normativa *validade jurídica*¹⁰⁰¹. E de uma validade que embora só problematicamente vá se consubstanciando¹⁰⁰², vai também e assim mesmo explicitando as suas exigências mediante uma contínua elaboração e reelaboração de regras e princípios normativos em que aquele conhecimento vai se densificando e estabilizando. Uma experiência jurídica assim amadurecida chegará à formação de um sistema no qual encontraremos incorporados e mais ou menos bem acomodados aqueles critérios. E já que esse sistema encerra um certo saber derivado da experiência, nele e em cada um dos seus critérios encontraremos orientações relevantes e relativamente seguras acerca de como proceder diante de novos problemas. Se o direito é, como disse Michel Villey, o justo *determinado*¹⁰⁰³, e se perante um problema colocamo-nos sob uma enormidade de determinações capazes de lançar luz sobre o que é melhor no caso, não podemos nos fixar apenas naquilo que de concreto tem o problema e negligenciar o que de análogo tem com outros e os critérios a que seremos proveitosamente remetidos nessa comparação com os outros. Acreditamos, como que a professar uma espécie de racionalismo moderado, que o nosso saber prático, e com ele o direito, vai caso a caso progredindo, que a juridicidade vai incorporando os contributos da prática e desse modo vai sofrendo uma espécie de crescimento espontâneo que pode se traduzir, como em adequadas condições habitualmente se traduz, em um *enriquecimento*.

¹⁰⁰¹ “[O] *caso jurídico* é um *concreto problema jurídico*: a pré-síntese de um interrogativo sentido concreto concreto de intenção jurídica que conjuga uma intenção normativa geral ou de validade com uma situação concreta, enquanto fundamenta naquela intenção a pergunta que dirige a esta situação” (Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 162).

¹⁰⁰² A validade do direito é, afinal, “uma problemática e regulativo-normativamente constituenda e realizanda validade” (Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 22).

¹⁰⁰³ Villey, *O direito e os direitos humanos*, op. cit., p. 66. Uma formulação mais atual dessa ideia encontramos, por exemplo, em Neil MacCormick: “o objetivo do Direito e da argumentação jurídica é conferir maior determinação às coisas que nossas idéias gerais de razoabilidade deixariam muito indeterminadas. Assim, de modo experimental ao longo do tempo, conforme Stair, desenvolvemos regras e princípios, fundamentos para decisão, práticas de argumentação. Tentamos assegurar decisões razoáveis e fundamentadas dentro de uma moldura institucional jurídica. Nosso Direito, tal como se desenvolve, torna-se, conforme Kelsen, mais concretizado, mais exato, mais capaz de lidar com questões cada vez mais sutis; e também, claro, no mesmo sentido, mais complexas em cada nível do seu desenvolvimento” (*Retórica e o Estado de Direito*, op. cit., p. 360).

Isso se verificou histórico-concretamente nas duas grandes tradições jurídicas do ocidente. Segundo Viehweg, a jurisprudência romana desenvolveu um estilo especial de busca de premissas que manipulava pontos de vista provados e era ao mesmo tempo inventivo, de modo que o que mediante esse esforço se obtinha ficava preservado para os sucessivos empenhos, permitindo que, apesar do desafio de cada novo caso, o direito fosse progredindo como resultado de uma construção responsável¹⁰⁰⁴. Na experiência jurídica romana, que já foi anteriormente considerada e que agora relembramos remetendo-nos às valiosas lições de Braga da Cruz, uma literatura casuística foi por séculos ganhando corpo e, na medida em que ia aumentando em profusão, comunicava às novas gerações de juristas as aquisições dos seus antecessores¹⁰⁰⁵. Também na tradição do *common law* o direito foi crescendo, conforme à clássica passagem de Coke a que já referimos reiteradamente, até alcançar um alto grau de perfeição, e isso graças a um cooperativo e qualificado processo de densificação forense das particulares e sempre circunstancialmente variáveis exigências práctico-normativas concretas. Disso deriva a ideia típica da compreensão tradicional do *rule of law* inglês, segundo a qual a autoridade está subordinada a uma juridicidade que vai crescendo independentemente da vontade de quem governa ("growing upwards, independently of any dominant will")¹⁰⁰⁶. E essa tradição tem tanta força que há pouco tempo um célebre comparatista ainda pôde dizer que o mérito do *common law* foi o de ter se conservado através dos séculos uma perfeição da razão artificial do direito¹⁰⁰⁷. Também encontramos alguns relevantes desdobramentos contemporâneos dessa maneira de compreender a juridicidade em uma importante corrente da filosofia política que defende que uma ordem livre só pode fundar-se em um direito que vai crescendo espontaneamente à maneira do direito romano clássico e do *common law*¹⁰⁰⁸, assim como a vemos em certa medida recuperada por uma das mais

¹⁰⁰⁴ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 81.

¹⁰⁰⁵ Braga da Cruz, "O «jurisconsultus» romano", op. cit., pp. 177/8 e 204-14.

¹⁰⁰⁶ Allen, *Law in the making*, op. cit., pp. 01/2 e 61/62.

¹⁰⁰⁷ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 351.

¹⁰⁰⁸ É conhecida a defesa por Hayek da tese liberal de que uma sociedade livre é uma ordem espontânea: "What in fact we find in all free societies is that, although groups of men will join in organizations for the achievement of particular ends, the co-ordination of the activities of all these separate organizations, as well as of the separate individuals, is brought about by the forces making for a spontaneous order" (Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp.

influentes correntes jusfilosóficas atuais, que sustenta a seu modo que a dinâmica da juridicidade é a de um complexo empreendimento cooperativo em cadeia do qual o juiz participa dando apenas a melhor continuação possível a uma história que ele encontra, em vez de dar início a uma história melhor¹⁰⁰⁹. E disso tudo não deixaremos de ver uma corroboração pela metodologia jurídica contemporânea, quando, por exemplo, nos deparamos com Kriele a afirmar que a discussão e crítica das decisões jurídicas viabiliza um progresso em razão do qual no direito haverá “muito mais razão do que nas mentes mais inteligentes”, só nos sendo dado, por isso, contribuir muito pontualmente¹⁰¹⁰; ou, ainda, quando compreendemos o alcance de uma objeção de Schauer ao realismo, baseada na correta percepção de que mesmo quando a solução do caso nasce de uma súbita intuição do juiz o direito está a cumprir o seu papel, pois o julgador é nessa intuitiva assimilação das exigências do caso orientado por um conhecimento das regras e doutrinas jurídicas que dá a ele uma especial sensibilidade às exigências da juridicidade¹⁰¹¹.

O andar normal de uma tradição jurídica intencionada ao justo concreto é esse mesmo. O enfrentamento problematizante dos casos concretos remete o jurista a uma juridicidade que traduz suas exigências na forma de critérios que encerram um conhecimento prático derivado de uma experiência feita, e os princípios e regras que dessa experiência resultam vão por sua vez sendo continuamente reelaborados em razão do encontro mediado pelo jurista entre esses critérios e as prático-concretas exigências normativas de cada caso novo. O direito vai assim num lento crescer de caso a caso, de problema a problema, proporcionando uma espécie de acúmulo de experiência que orienta o enfrentamento de cada caso novo e que a cada caso novo se enriquece um pouco mais. Daí a enorme relevância e o invulgar valor prático-normativo tanto das específicas normas jurídicas que uma prática

46/7). Mas o que os próprios liberais frequentemente esquecem é que essa ordem espontânea é composta por regras de conduta justa emergentes da prática e aprimoradas e desenvolvidas por uma atividade de caráter judicativo voltada à solução de problemas práticos concretos, como vemos destacado por um excerto já citado e cuja parte que agora importa convém relembrar: “although rules of just conduct, like the order of actions they make possible, will in the first instance be the product of spontaneous growth, their gradual perfection will require the deliberate efforts of judges (or others learned in the law) who will improve the existing system by laying down new rules” (idem, ibidem, p. 100).

¹⁰⁰⁹ Ronald Dworkin, “Law as interpretation”, *Philosophy of law and legal theory. An anthology*, Dennis Patterson (ed.), Malden/Oxford/Melbourne/Berlin, Blackwell, 2003, pp. 383/4.

¹⁰¹⁰ Kriele, *Diritto e ragione pratica*, op. cit., pp. 49 e 65.

¹⁰¹¹ Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2009, p. 128.

tradicional vai sedimentando quanto do *corpus iuris* a que essas normas vão sendo integradas. Têm razão, por exemplo, Viehweg e Alexy, quando sustentam que, apesar da necessária abertura às particulares exigências de cada caso, é preciso conservar os resultados alcançados por gerações de juristas e, assim, preservar os critérios consagrados pela experiência¹⁰¹².

O sistema que assim vai se enriquecendo é, contudo e por isso mesmo, um sistema *translegal* que vai num *continuum constituendo* assimilando exigências normativas emergentes da prática e objetivando essas exigências mediante a formação e o desenvolvimento de um acervo de critérios que compõe uma ordem de validade que “lança um ponto de vista crítico sobre a legislação” e, podemos acrescentar, sobre qualquer novo intento normativo, qualquer que seja a sua eventual proveniência. E isso a ponto de nessa juridicidade translegal que assim se forma encontrarmos uma ordem que será afinal e verdadeiramente o critério de validade *secundum ius* tanto das normas legais quanto de quaisquer outras normas, quer sejam elas emergentes da prática ou propostas pela doutrina¹⁰¹³. Se as normas não podem ser negligenciadas, muito menos poderá ser, então, esse sistema translegal, nesse específico sentido, pois é ele o próprio direito, naquela acepção que tem em conta mais a objetivação normativa do conhecimento jurídico do que o justo concreto, que é a realidade em abertura à qual esse conhecimento vai se enriquecendo e uma ordem de direito vai se formando. Com o que chegamos ao capital problema dos limites das normas disponíveis, a que rapidamente já aludimos

¹⁰¹² Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 83; Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 12/3.

¹⁰¹³ É assim que compreendemos algumas das mais fundamentais lições de Castanheira Neves, cuja síntese exemplar encontramos no excerto seguinte de um dos seus mais importantes ensaios: “Por um lado, a realidade histórico-social a perspectivar normativo-juridicamente é mais extensa, mais circunstancialmente individualizada e sintética do que aquela que intencionalmente podem abranger e ajuizar os dados formais do direito legal positivo, na sua formulação prescritiva logicamente delimitada, tipicamente abstracta e intencionalmente analítica. Por outro lado, não corresponde menos à intenção do direito, em si mesma, um histórico dinamismo que o pensamento jurídico vai problematicamente assumindo. Pelo que o direito, que naquela realidade se realiza respondendo aos problemas normativos que a sua intenção específica aí vai assimilando, não pode deixar de ser um *continuum constituendo* – através do qual se vai simultaneamente objectivando aquele acervo de princípios e critérios normativo-jurídicos de que sobretudo se alimenta a «consciência jurídica geral» da comunidade e que na sua translegal positivação constitui o que, com Less, Wieacker, Schneider e outros, se designará por «ordem jurídica translegal», a autêntica «ordem jurídica objectiva», etc. E o que importa sublinhar é que o direito positivo legal se vê deste modo integrado numa juridicidade definida translegalmente, juridicidade que tende a identificar-se com o *direito*, na sua intenção fundamental e global, e que, podendo mesmo oferecer um ponto de vista crítico sobre a lei positiva, se assume afinal perante esta como o seu critério de validade *secundum ius*” (Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 131/2).

e agora importa melhor considerar, para então enfrentarmos sobre bases firmes a questão da índole da racionalidade jurídica quando tenhamos já uma ordem jurídica consubstanciada em um sistema. Será essa racionalidade ainda aí de índole prudencial? Seremos mesmo no contexto de uma tradição madura obrigados a uma mobilização da prudência, e será ela, mesmo nessas condições, a virtude distintiva do jurista e o predicado decisivo para uma virtuosa *praxis* jurídica?

Ao destacarmos o caráter translegal do sistema jurídico, acentuando a peculiaridade de constituir ele uma autêntica ordem de validade normativa, sem esquecermos, por outro lado, a prioridade do caso e a necessidade de manutenção de uma suficiente abertura às suas particulares exigências concretas, somos levados concordar com Castanheira Neves quando ensina que as normas daquele sistema são *duplamente transcendidas*. Embora o perguntar em que se traduz o problema jurídico seja fundado e orientado pela pressuposição de uma exigência de sentido que necessariamente nos remete a uma validade e assim aos critérios jurídicos em que se consubstancia, trata-se de uma validade normativa proposta sempre a no caso novamente se realizar¹⁰¹⁴, e que não se realizará senão problematicamente, pois, conforme Tomás de Aquino, quanto mais descemos aos particulares, mais dificuldades encontramos¹⁰¹⁵, e as encontramos, precisamente, porque a norma que é circunstancialmente posta à nossa disposição vive numa tensão entre as particulares exigências normativas do caso e as fundamentais exigências de sentido de uma ordem de validade que transcende cada um dos critérios em que se objetiva. A norma nem assimila inteiramente as exigências do caso nem traduz completa e fielmente as exigências daquela ordem de validade. O caso requer frequentemente uma resposta que a norma não dá, e remete a uma juridicidade cujas implicações concretas a norma não determina. Daí porque a norma, quando posta entre uma ordem de validade e um caso concreto, como ocorre sempre que é chamada à aplicação, é duplamente transcendida: “a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integrante sistema do

¹⁰¹⁴ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., pp. 269-70.

¹⁰¹⁵ Tomás de Aquino, *ST*, I-II, q. 94, art. 4.

direito) e ao *concretum* problemático dessa realização”¹⁰¹⁶. O que essa peculiaridade do processo de realização do direito revela é, portanto, que as normas são normativamente insuficientes: “Os critérios normativo-jurídicos positivamente pressupostos vêm-se sempre duplamente transcendidos no processo global das exigências normativas da realização do direito: transcendidos pela normativa intencionalidade problemático-concreta do caso decidendo e pelos fundamentos normativos que a própria insuficiência desses critérios, denunciada pelo problema concreto do caso, exigem que se convoquem como susceptíveis de vencer essa mesma insuficiência”¹⁰¹⁷. São a rigor vários os aspectos dessa insuficiência, e para melhor considerá-los não podemos deixar de referir aos limites normativo-jurídicos da lei enumerados por Castanheira Neves, com o que conseguiremos uma mais pormenorizada explicitação daquela insuficiência. A lei apresentará sempre, com efeito, limites normativos *objetivos*, pois mesmo o conjunto inteiro das normas de um sistema pressuposto “fica sempre aquém do domínio histórico-socialmente problemático (na extensão e na índole concreta dos problemas) a que se terá de responder jurídico-normativamente”. Terá também a lei limites normativos *intencionais*, já que mesmo quando o critério da realização do direito venha a ser buscado numa norma pressuposta, a sua aplicação haverá de ser “concretamente-adequada ao mérito problemático dos casos decididos e não menos normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos (aos valores e princípios) que dão sentido normativo material ao próprio direito”, e com isso, ainda que a realização do direito se dê mediante uma concretização de critérios existentes, teremos de “ir normativamente para além deles, convocando os fundamentos normativos que dêem sentido à juridicidade e possam assim orientar constitutivamente essa problemática concretização”. Outros limites normativos a que estará submetida a normatividade legal serão os limites *temporais*, pois se a norma “se insere, e como limitado mediador normativo, num sistema de juridicidade em que concorrem, com a sua relativa autonomia constitutiva”, os princípios normativo-jurídicos e a realidade jurídica normativamente intencionada, “a historicidade que é própria de uns e de outra e assim a sua possível alteração, evolução ou mutação, pode fazer com que a norma legal se veja ou perante uma realidade jurídica que já não corresponde ao seu objectivo intencional – o caso extremo desta hipótese será

¹⁰¹⁶ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 09.

¹⁰¹⁷ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 188.

o da norma obsoleta – ou ultrapassada pelos fundamentos normativos que a devem sustentar – o caso extremo desta hipótese será, por sua vez, o de caducidade normativa da norma legal por alteração decisiva nos princípios fundamentais do sistema”. A lei se verá, ainda e por fim, perante certos limites normativos *de validade*, pois constituindo o direito uma ordem translegal de validade normativa material, a lei ver-se-á sempre sobre o fundo de uma intencionalidade que, se é fundamental, é também fundamentante, e em referência à qual será “lícito ajuizar e controlar, em nome do direito ou de uma essencial intenção ao *direito*, o conteúdo normativo-jurídico das normas prescritas legislativamente”¹⁰¹⁸.

As normas, legislativas ou de qualquer outra proveniência, jamais poderão, então, esgotar a juridicidade ou por si mesmas preestabelecer em abstrato a solução a dar a cada caso concreto, e, se terão de ser sempre seriamente levadas em conta quando resultarem da articulação de um saber forjado pela experiência, e puderem ser consideradas certas apropriadas manifestações de uma juridicidade que as transcende, terão de ser também levadas a sério até o limite imposto, de um lado, pela circunstância de resultarem de uma experiência feita e explicitarem um saber limitado por essa experiência, e, de outro, por integrarem com isso uma juridicidade que transcende cada uma das suas objetivações normativas porque se trata de uma validade normativa material intencionada ao justo concreto que deve então manter-se aberta às exigências prático-normativas dos casos novos. Por isso mesmo a mais antiga, mais testada, mais clara, melhor articulada e mais aceita norma jurídica será sempre apenas parte de uma juridicidade que não se realizará em concreto sem uma mediação judicativa entre as exigências normativamente fundamentantes do sistema e as exigências prático-normativamente-concretas do problema. A validade fundamentante em que consiste o direito é relativamente indeterminada e, portanto, apenas precariamente determinada mediante precipitações limitadas e imperfeitas que constituem os seus critérios e que no contexto de um caso decidendo enfrentam sempre uma problematização praxística¹⁰¹⁹. Essa problematização faz com que na sua “aplicação” aquilo a que chamamos *direito*, a compreender tanto aquela indeterminada validade quanto as

¹⁰¹⁸ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 07-10; idem, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 74-8. No mesmo sentido e a invocar os mesmos limites normativos, v. Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao direito*, op. cit., pp. 724 e ss.

¹⁰¹⁹ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 36/7.

suas pressupostas determinações, vire sempre uma incógnita¹⁰²⁰. Essa incógnita só se resolve numa dialética entre o *sistema* – que é aquele pólo em que encontramos uma validade relativamente indeterminada e as precipitações normativas que relativamente a determinam – e o *problema* – um pólo em que vemos um caso decidendo a exigir uma mediação judicativa capaz de adequadamente realizar aquela validade na prática. Nenhuma norma ou mesmo todo o conjunto delas pode dispensar essa mediação, pois no processo de realização do direito devem concomitantemente realizar-se duas intenções: não apenas uma “intenção de concordância normativa referida ao sistema”, mas também uma “intenção da justiça material referida ao problema concreto”. E, se é assim, o próprio sistema e as suas normas, o sentido normativo que as integra e o específico sentido normativo de cada uma delas, poderão até ter vindo a ser relativamente preestabelecidos em abstrato, mas qualquer determinação anterior ao caso, seja ela referida ao sistema como um todo ou a quaisquer das suas particulares objetivações, terá no caso valor meramente hipotético e deverá vir a ser submetida a uma “experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto”¹⁰²¹. Isso se fará mediante um *juízo* que cumpre aquela mediação¹⁰²², e um juízo que terá uma índole prático-prudencial¹⁰²³, por referir-se a uma validade material¹⁰²⁴ e voltar-se à justa solução de um caso prático do qual emerge o problema do que é devido a alguém, do que é concretamente justo¹⁰²⁵.

O que então e conclusivamente podemos estabelecer é que o sistema, incluindo até mesmo os seus princípios fundamentantes, é ele próprio uma certa objetivação de uma validade material que se forma e desenvolve casuisticamente em abertura ao problema do justo concreto, e que, enquanto objetivação de uma validade que tira o seu substrato de uma certa dimensão da realidade, *não pode*

¹⁰²⁰ Fernando José Bronze, “Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXIX, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1993, pp. 188/9.

¹⁰²¹ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 37 e 39.

¹⁰²² Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., pp. 38-40; idem, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 78/9.

¹⁰²³ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., p. 31.

¹⁰²⁴ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 31.

¹⁰²⁵ É nessa volta da atenção ao problema da “realização do justo”, em que vai necessariamente implicada uma dimensão de valor, que, segundo Lamego, se basearia um contemporâneo retorno à *iurisprudência* e ao paradigma do prudente (*Hermenêutica e jurisprudência*, op. cit., pp. 200/1).

jamais se fechar, ainda que devemos sempre responsabilmente cumprir, além de uma intenção de justiça material, também uma intenção de concordância normativa. Conforme Castanheira Neves, a dialética que opera entre o sistema e o problema faz com que, partindo de um sistema, chegue-se sempre e continuamente “a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e construtivamente essa experiência”¹⁰²⁶. A realização normativa do direito não deixa e não pode deixar o sistema incólume¹⁰²⁷. É essa permanente abertura uma necessária implicação da base casuística e da índole problemático-experimental e indutiva do sistema, base e índole estas que se devem evidentemente, por sua vez, à abertura do direito à autônoma problematidade dos casos e às exigências que deles emergem quando da sua concreta realização¹⁰²⁸. Em cada caso o problema do justo concreto é renovado, e o sistema não pode jamais fechar-se, por ser ele mesmo e cada uma das suas objetivações uma sublimação das respostas dadas aos problemas suscitados pelos casos precedentes. O que no sistema encontramos é sempre apenas o resultado de certa apropriação de uma experiência feita que não encerra sequer todo o saber decorrente dessa experiência e não pode superar definitivamente o problema do que

¹⁰²⁶ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 159.

¹⁰²⁷ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 133/4.

¹⁰²⁸ “Nos juízos decisórios jurisdicionais vai sempre pressuposta e intencionalmente invocada uma normativa validade que se não pretende alterar ou substituir por outra que programaticamente se institua, pois visa-se tão-só afirmá-la, mediante uma determinação constitutivo-concretizadora, nos casos da sua problemática realização. Afirmção ou reafirmção sem formal inováção que nem por isso exclui, e antes postula, a abertura de um concreto desenvolvimento, em contínua reconstituição e renovação, e que é decerto ou acaba por ser nos seus resultados uma verdadeira criação. Criação material sem formal inováção, que o caso paralelo da actividade hermenêutica nos faz de todo compreensível. Esta constituinte criação através de concretos juízos decisórios oferece-se, como tal e em segundo lugar, imediatamente em termos de «precedentes», de exemplares concretos de decisões para decisões análogas – a que se poderá embora seguir, como normalmente se segue, uma generalização normativa no modo de uma tipificação (desde logo pela construção de modelos dogmáticos) e mesmo uma generalização formal dos fundamentos dos juízos decisórios. Regras essas que não deixam, no entanto, de ter uma índole particular, a reflectir a sua origem específica, já que podem formular-se apenas como «regras de decisão» de conflitos ou casos jurídicos e não como programáticas regras de conduta, mas que não deixam de ser a base para inferências dos princípios normativo-jurídicos explicitantes da axiológica validade que concretamente vai se realizando – aqueles princípios, desde logo, em que se terão de ver como que os transcendentais fundamentos constitutivo-significantes dessa prática jurídica decisória. Estamos assim perante uma criação normativo-jurídica de base casuística e com uma índole problemático-experimental e indutiva que se manifestará sempre, justamente por essa sua base e índole, em termos fragmentários ou insusceptível de definir, quaisquer que sejam as suas elaborações generalizadoras, um sistema unitariamente fechado e antes só compatível com um sistema normativo de permanente abertura e de contínua constituição e desenvolvimento” (Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., p. 32/3).

é concretamente justo nem mesmo em situações análogas àquelas cuja experimentação problemática deu já lugar à articulação de critérios capazes de assimilar as suas particulares exigências. O fechamento do sistema equivaleria, então, a um fechamento para realidade. Ainda que tenha ele uma unidade, terá de ser uma unidade “de normativo-problemática totalização ordenadora – ou *unidade de dialéctica totalização e a posteriori*”, a que só pode corresponder um “*sistema aberto e de reconstrução dialéctica*”. O sistema jurídico remete, com efeito, a certos valores e princípios normativos integrantes, como é próprio de uma validade normativa material, e porque esses valores e princípios a que remete, e todos os demais critérios em que se objetiva, constituem uma normatividade prévia que “traduz apenas a assimilação intencional (em termos de resposta constituinte) de uma experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência”, não pode a juridicidade contida no sistema abarcar e dar desde logo resposta suficiente a toda a problematicidade dos casos novos, vendo-se assim forçada a um contínuo enriquecimento reconstrutivo capaz de “assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo”¹⁰²⁹. A própria ordem de validade em que se consubstancia aquilo que designamos direito é, então, uma ordem sujeita a limitações que só podem ir sendo superadas no contexto de uma *praxis* aberta à problemática realidade do justo concreto. E é esse, ainda no contexto de uma tradição jurídica madura, o papel da prudência: abrir a prática à realidade do justo, permitindo que a ordem jurídica dê resposta adequada aos casos sucessivos e vá assim assimilando as aquisições proporcionadas pela experiência dos novos problemas. O sistema aberto para o real terá de ser visto apenas como uma precipitação explícita de uma juridicidade que o transcende e que continuamente o supera¹⁰³⁰, e a prudência será aquela virtude que na perspectiva correta, que é aquela que se move prioritariamente dos casos para o sistema, permeará a ordem de validade em que se consubstancia a juridicidade com as aquisições de uma prática voltada à justa resolução de problemas jurídicos concretos. É isso tudo a um só tempo uma exigência e uma implicação da nossa abertura para aquela realidade que só no caso jurídico concreto, com todas as suas

¹⁰²⁹ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 167-71.

¹⁰³⁰ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 224-9.

exigências, nos interpela, e que é a realidade do justo – a realidade do direito que uma ordem de validade deve assimilar para ser ordem *jurídica*.

Ainda que a prática jurídica continue a ser pensada nos termos daquilo que se veio a chamar “interpretação jurídica”, e mesmo que se vá à norma em busca daquela que é a solução do caso, ter-se-á de reconhecer que a interpretação da norma tem por objeto uma normatividade que transcende a própria norma e só determina adequadamente o seu sentido prático-jurídico se for orientada “pelo objectivo de atingir na norma a normatividade prático-jurídica solicitada, como critério, pela *problematicidade concreta do caso decidendo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução judicativa*”¹⁰³¹. Nem mesmo a questão da norma aplicável ao caso e o problema de se alguma o é podem ser resolvidos pelas próprias normas¹⁰³², sem um juízo autônomo de juridicidade sobre o caso decidendo em consideração àquelas que são as suas particulares exigências e ao que a elas é normativo-materialmente adequado¹⁰³³. Também não podemos saber, antes de concretamente se pôr, “se o problema a assumir é novo ou se de alguma forma repete outro já enunciado e resolvido – uma vez que se não pode saber, antecipadamente à consideração da situação concreta, o que ela problemáticamente oferece e como se oferece”, e por isso “a atitude metodológica será sempre a mesma, qualquer que venha a ser a orientação do seu resultado: sempre se traduzirá numa *autónoma posição problemática*”¹⁰³⁴. Só no caso e por consideração daquilo que tem de peculiar será possível determinar se o seu é um problema análogo a outro anterior a ponto de merecer a mesma solução, se é ele um caso que justifica a aplicação de uma norma já articulada em abstrato ou consagrada por uma *praxis* ou se, diversamente, as suas circunstâncias exigem a elaboração casuística de um critério novo, e só uma pergunta dirigida ao caso com o propósito de para ele encontrar uma adequada solução normativa permitirá elucidar como deverá ser compreendida e que implicações prático-concretamente terá a norma aplicável, se

¹⁰³¹ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 143/4.

¹⁰³² “Insofar as appeal to some particular rule is on occasion among the relevant considerations [...], the judgement that it is relevant cannot itself be derived from any rule” (Alasdair MacIntyre, “Rival Aristotles: Aristotle against some modern Aristotelians”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 28).

¹⁰³³ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 259; idem, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 160.

¹⁰³⁴ Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 271.

alguma porventura o for¹⁰³⁵. A verdade, bem consideradas todas as questões relevantes, é que não há regras capazes de pré-estabelecerem por si mesmas e definitivamente qual será aquela normativo-materialmente adequada solução judicativa, nem métodos capazes de garantir que quem venha a dela se encarregar chegará a encontrá-la e dará efetivamente ao caso aquela que é a solução que o seu mérito problemático-normativamente-concreto esteja a exigir¹⁰³⁶. As *responsa prudentium* continuam, então, a ser o melhor critério daquilo que é o justo e daquilo, portanto, que praticamente a juridicidade exige. Nenhum sistema e metodologia nenhuma dispensam uma mediação prudencial e a decisiva intervenção do juízo do prudente. Mas não é demais insistir novamente nisso: que a prudência seja chamada a cumprir o seu papel não é apenas uma necessidade metodológica, pois se trata antes e fundamentalmente de uma exigência decorrente da intenção da juridicidade ao justo concreto e de uma condição para que o sistema e os seus critérios sejam permeados por uma normatividade material capaz de constituir uma ordem de validade em que aquela intenção se veja assimilada. A ordem jurídica, como a entendemos, é então uma criação da prudência, e tanto a estabilização histórica quanto a realização em concreto dessa ordem não se fazem sem uma mediação prudencial a que será chamado novamente o jurista em cada caso concreto, pois sem essa mediação o conhecimento prático-prudencial incorporado ao sistema não se traduzirá em soluções jurídicas adequadas aos casos e as exigências prático-normativas dos casos deixarão de se traduzir em um saber suscetível de ser incorporado ao sistema. A razão jurídica é então prática, prático-prudencial, e o direito uma ordem espontânea de validade material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto.

O que todas as compreensões da juridicidade anteriormente apreciadas têm em comum é precisamente a rejeição disso que faz do direito uma autêntica ordem de validade: a abertura dessa ordem a uma realidade de índole axiológico-normativa que vai se descortinando numa *praxis* prudencial judicativa. E é sempre possível que à resposta que alternativamente damos ao problema da juridicidade – uma resposta

¹⁰³⁵ E nesses termos vemos justificada a rejeição da simplificadora distinção entre *easy* e *hard cases*, pelo que podemos asseverar com Castanheira Neves que “não há casos fáceis e casos difíceis, há simplesmente e sempre *casos jurídicos*” (“A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 37/8).

¹⁰³⁶ Alasdair MacIntyre, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, tradução de Marcelo Pimenta Marques, São Paulo, Loyola, 1991, pp. 130/1.

que a rigor não é nossa, porque fomos encontrá-la na tradição do pensamento jurídico ocidental – aquelas e outras compreensões oponham um ceticismo de qualquer grau, o desconforto moderno com a incerteza e a resistência a reconhecer a *auctoritas* de quem só tem em seu favor um determinado saber. Não há realmente garantias de que alguém é prudente nem de que o prudente acertará sempre e de que seus juízos serão sempre justos. Mas isso não obscurece o fato de que a prudência existe, de que é um predicado de alguns e de que o melhor a fazer é confiar os nossos problemas jurídicos ao juízo dos jurisprudentes. A incerteza que reina no domínio da prática e a falibilidade de todos nós não nos autorizam a desconsiderar que há sim aqueles que são justos, que há quem tenha um melhor discernimento daquilo que é devido a cada um em dadas circunstâncias, e que há, certamente, um modo de aprimorar esse discernimento. Com o que somos remetidos à virtude ética que concorre com a prudência para a definição do que é um jurista e à condição sem a qual ninguém pode chegar a ser um prudente. Referimo-nos à virtude da justiça e à experiência¹⁰³⁷.

A justiça, de que já tratamos, retifica as ações relativas a outrem e concernentes a coisas exteriores¹⁰³⁸. É, portanto, a virtude que move o agente a dar ao outro o que é devido. Sem isso não se chega a ser prudente, e menos ainda *jurisprudente*. O julgamento é, afinal, uma reta determinação do que é justo ou do direito e pertence, portanto, também à justiça. O juízo do prudente, dizia Tomás de Aquino, é também e necessariamente um ato da justiça, enquanto inclina a julgar retamente. Um julgamento justo e conforme ao direito mobiliza então necessariamente a virtude da justiça e a prudência¹⁰³⁹. Essa inclinação a dar a cada um o que é devido será contudo cega e não fará de ninguém um prudente sem a experiência. No domínio da *praxis*, que é por excelência o domínio do contingente, não somos adequadamente orientados por verdades absolutas e necessárias, mas por um conhecimento do que sucede comumente, e isso exige a memória de muitas coisas e, portanto, a experiência de muitas situações. Do que é passado tiramos bons argumentos para o futuro, e por isso a memória do passado é necessária para deliberar acertadamente acerca do curso de ação adequado às novas circunstâncias. Por isso é parte da

¹⁰³⁷ “[A] atividade jurídica depende de duas virtudes que são a base do ofício de jurista: a justiça e a prudência” (Javier Hervada, *Lições propedêuticas...*, op. cit., p. 58).

¹⁰³⁸ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 58, art. 9

¹⁰³⁹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 60, arts. 1 e 2.

prudência uma certa docilidade que dispõe a aprender com a experiência dos outros. Especialmente daqueles que têm mais experiência. É necessário, ensina Tomás de Aquino, atender com solicitude, assiduidade e respeito ao ensinamento dos mais velhos, evitando negligenciá-los por preguiça ou desprezá-los por soberba¹⁰⁴⁰. Para deliberar adequadamente, diz ele, devemos percorrer ordenadamente todos os degraus que vão do mais elevado na alma, que é a razão, até a ação, e isso passa pela memória do passado, pela inteligência do presente, pela sagacidade referente aos eventos futuros, pela comparação de situações análogas e pela docilidade, “que aquiesce com o parecer dos mais velhos”¹⁰⁴¹. Nada disso exclui, contudo, e antes confirma, que o jurista deva buscar nos critérios jurídicos disponíveis a orientação necessária a uma adequada solução do caso atual.

Muito da experiência que habilita o prudente e faz do seu juízo o critério da *praxis* está normalmente disponível na forma de um acervo mais ou menos organizado de critérios que encerram um saber acumulado proveniente da experiência de gerações de “grave and learned men”. Isso é particularmente verdadeiro numa tradição jurídica madura. Quando dissemos logo atrás que o direito é uma ordem de validade forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto, quisemos sublinhar, dentre outras coisas, que a ordem jurídica forma um acervo de conhecimentos acerca do que é praticamente devido a cada um em uma enormidade de circunstâncias. E como esses conhecimentos vão sendo assimilados e enriquecidos pela experiência, pode-se dizer que o direito é ou contém um acervo de experiências. E assim aquela docilidade que dispõe alguém a assimilar a experiência acumulada pelos mais velhos e faz de alguém um prudente se traduz no domínio da juridicidade em uma exigência que justamente se faz ao jurista a ter cuidadosamente em conta os critérios consagrados pela prática precedente, como quer que tenham sido assimilados pelo sistema e como quer que estejam presentemente articulados. Se é verdade que a infinidade dos singulares não pode ser abarcada pela razão humana, é também verdade que pela experiência essa infinidade pode ser enormemente reduzida a um número mais ou menos delimitado de casos mais frequentes para os quais podemos articular e estabilizar critérios cujo

¹⁰⁴⁰ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 49, arts. 1 e 3.

¹⁰⁴¹ Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 53, art. 3.

conhecimento é suficiente para uma segura operação da prudência¹⁰⁴². É uma exigência da prudência, pois, como vimos, essa disposição a assimilar a experiência disponível, e no domínio da juridicidade isso se faz por referência ao sistema, especialmente quando pudermos considerá-lo uma mais ou menos bem acabada expressão de uma tradição jurídica permeada pelo saber prudencial de gerações de juristas. Apropriar-se de uma tradição jurídica mediante uma cuidadosa consideração casuística dos critérios disponíveis e da prática de que foram resultando é o mesmo que aquela disposição a aprender com a experiência dos mais velhos. A prudência supõe e exige, então, que o jurista se aproprie da experiência disponível e considere sempre cuidadosamente os critérios consagrados pela tradição e assimilados pelo sistema com o temor reverencial de quem contempla algo que ultrapassa o saber e as capacidades não só dele mesmo ou de qualquer outro indivíduo, mas inclusive o de toda uma geração. De qualquer modo, será sempre a prudência do jurista convocada a determinar que implicações terão aqueles critérios no caso concreto e se porventura não está o caso a exigir um desenvolvimento desses critérios ou, até mesmo, se for realmente necessário, a elaboração de algum critério novo, que bem poderá acabar por ser posteriormente consagrado pela prática e assimilado pelo sistema se se mostrar capaz de dar solução adequada a casos análogos no futuro¹⁰⁴³. Em última instância, é inevitável que uma adequada solução para o caso que atualmente se apresenta dependa sempre da *trained reason* do juiz, pois é ele quem saberá dizer por referência aos materiais jurídicos disponíveis como e se eles se ajustam ao caso concreto e que solução se há-de dar ao específico problema que dele emerge¹⁰⁴⁴. São parte da prudência, afinal, não só a docilidade mas também a circunspecção, que permite considerar o que convém às circunstâncias, e a sagacidade, que proporciona as prudentes condições para uma reta avaliação por si mesmo da situação prática

¹⁰⁴² “[A] infinidade de singulares não pode ser abarcada pela razão humana [...]. No entanto, pela experiência, a infinidade dos singulares é reduzida a um número finito de casos mais frequentes, cujo conhecimento é suficiente para a prudência humana” (Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 47, art. 3).

¹⁰⁴³ “The *phronimos* has in the act of practical judgement no external criterion to guide her or him. Indeed practical knowledge of what criteria are relevant in this particular situation requires *phrónesis*” (Alasdair MacIntyre, “Rival Aristotles: Aristotle against some Renaissance Aristotelians”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 04).

¹⁰⁴⁴ Stoner Jr., *Common law and liberal theory...*, op. cit., p. 58.

concreta, e portanto daquilo que só no caso pode ser visto e considerado, por ser decorrente de alguma peculiaridade sua¹⁰⁴⁵.

É o prudente quem proporciona um proveitoso encontro entre o acervo de conhecimentos consagrados pela experiência e as exigências prático-normativas peculiares ao caso e que só com intenção ao justo concreto pode a consideração do caso revelar. É dele e dependente da sua prudência, em suma, a mediação, de que nos fala Castanheira Neves, entre o sistema e o problema. E é da prudência jurídica então que dependem não só a solução do caso, mas também a formação, o desenvolvimento e a estabilização na história de um sistema em que possamos reconhecer uma ordem jurídica. Se de um lado a racionalidade jurídica é prático-prudencial porque compete à prudência a realização da intenção da juridicidade, por outra é a juridicidade ela mesma um produto da razão prática e, portanto, da prudência. O direito só consubstancia uma ordem de validade normativa autônoma, distinta de quaisquer outras, porque advém da consideração prudencial do que é justo em cada caso e se desenvolve e realiza por mediação da prudência em abertura ao justo concreto. E só serve de fundamento à prática por ser assim, novamente segundo Castanheira Neves, a expressão de um autotranscender fundamentante que vai historicamente assimilando as nossas respostas à pergunta pelo bom e o justo¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ Devemos novamente a Tomás de Aquino essa nossa maneira de articular o que consideramos relevante, pois são como parte da prudência, e nesses termos, que delimita ele a relevância prática da circunspeção e da sagacidade (Tomás de Aquino, *ST*, II-II, q. 49, arts. 4 e 7).

¹⁰⁴⁶ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 46/7.

OS LIMITES DA JURISDIÇÃO

1. Introdução: a problemática político-filosófica subjacente à questão dos limites da jurisdição

Concluimos que o direito é uma ordem espontânea de validade material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto. Uma *específica* ordem de validade, portanto, pois a sua é uma *autônoma* intencionalidade que não exclui outras de que possam resultar ulteriores ordens de validade. A própria afirmação da autonomia do direito pressupõe uma diferenciação entre a intencionalidade que a prática jurídica assume e outras diversas intencionalidades que práticas de outras índoles podem eventualmente assumir e das quais muito provavelmente resultarão ordens ou campos culturais distintos, pois a autonomia só se predica de algo em relação a um análogo de que se distingue, e, quando se afirma, afirma ao mesmo tempo uma “recusa de um qualquer holismo prático”¹⁰⁴⁷. Isso quer dizer, em síntese, que só é possível falar da autonomia da ordem de validade que consubstancia o direito por referência a outras ordens de validade, e o específico sentido de cada uma dessas possíveis ordens é a diferença específica que traduz e assegura a autonomia de cada uma delas. Um dos temas clássicos da filosofia do direito é, como se sabe, o da autonomia do direito relativamente à moralidade. Outro é o da sua autonomia relativamente à política. Os problemas para os quais se volta esta nossa investigação estão mais diretamente ligados a esta última temática, e, portanto, à questão do sentido da ordem política e da sua recíproca articulação com aquela ordem de validade que encerra o domínio da juridicidade. A temática da moralidade e de uma possível integração da juridicidade à ordem moral só aparecerá, então, acidentalmente, e nenhum argumento será mobilizado com a direta intenção de superar os difícilimos problemas que pertencem a esse círculo

¹⁰⁴⁷ Castanheira Neves, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 75/6; idem, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., p. 216.

temático¹⁰⁴⁸. O mesmo vale para outras possíveis ordens ou dimensões do universo prático. Pois o que afinal nos preocupa é a questão dos limites da jurisdição num contexto em que a intencionalidade do direito é constantemente desafiada por intencionalidades que parecem mais se prender ao domínio da política. Se, portanto, em nosso contexto o maior risco a que está submetida a autonomia do direito decorre da subordinação da prática jurídica a intenções que traduzem ou parecem traduzir objetivos políticos, importa saber como se articulam o político e o jurídico numa ordem política *de direito*, ou, em suma, como uma ordem política virá a constituir *também* uma ordem de direito. Quando tivermos alguma clareza acerca do que é uma autêntica ordem política e de qual é a sua específica intencionalidade, poderemos nos voltar ao problema das condições que se têm de verificar para que essa ordem política seja permeada pela validade jurídica. E então veremos que uma pelo menos dessas essenciais condições é que a prática jurídica tenha reservado o seu espaço e se volte especificamente à autônoma intenção do direito, o que em nosso contexto institucional importará na sujeição da jurisdição a certos estritos limites, com relevantes implicações práticas.

Mas não há, a rigor, nada de muito novo nisso. Que a juridicidade tenha a sua própria intencionalidade, e que a jurisdição deva assumi-la com a exclusão de outras, para que o direito preserve a sua autonomia e sejam assim asseguradas as condições fundamentais para a manutenção de uma autêntica ordem de direito, é antes o nosso ponto de partida do que o lugar onde pretendemos chegar. Pois, como tentamos esclarecer no capítulo introdutório, temos aí uma das ideias fundamentais da escola a que nos filiamos, e nenhuma contribuição teríamos a dar se não fosse a nossa uma modesta pretensão de ir apenas um pouco mais além no mesmo caminho, para explorar alguns problemas ainda suscetíveis de um ulterior amadurecimento e, quem sabe, ensaiar algumas novas conclusões, levando algo mais à frente as respostas que já foram dadas e tirando delas algumas ainda inexploradas implicações práticas. Na tentativa de cumprir esse objetivo, investigamos, nos capítulos anteriores, por que a transição do pensamento político

¹⁰⁴⁸ Uma abordagem jurisprudencialista do tema pode ser encontrada em um recente ensaio de José Manuel Aroso Linhares, em que vemos o “mundo prático do direito” delimitado por referência ao problema judicativo que a um só tempo suscitam a experiência de uma específica controvérsia e o reconhecimento da dignidade da pessoa, a constituir uma específica “ocasião” para a “criação de sentido” e a emergência de uma autônoma validade comunitária distinta das várias “moralidades” (“In defense of a non-positivist *separation thesis* between law and morality”, *Rechtsphilosophie* 4/2016, esp. pp. 440/1).

clássico para o pensamento político moderno excluiu que a ordem política pudesse ter no direito, autenticamente compreendido, uma sua dimensão constitutiva, e acreditamos ter aberto o caminho tanto para uma mais precisa delimitação da intenção da juridicidade quanto para uma compreensão das condições essenciais para que uma ordem política seja permeada pela validade jurídica e possa, assim, constituir uma verdadeira ordem de direito. É disso que resta agora tratar, para ver que conseqüências daí se tira para uma mais precisa demarcação da tarefa da jurisdição e um mais pormenorizado esclarecimento dos limites a que deva ficar sujeita, de modo a preservar-se a autonomia da juridicidade e, com ela, uma autêntica ordem política de direito.

2. As condições normativamente constitutivas da ordem política

Se o direito é uma ordem de validade material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto, e se, conforme será adiante defendido, para constituir uma ordem política de direito a ordem da sociedade precisa deixar-se permeiar por aquela validade, o problema do que é uma ordem política precisa ser inteiramente repensado. Isso nos remeterá, em um primeiro momento, ao debate político contemporâneo, para que se verifique, por um lado, que contribuições poderá eventualmente dar ao enfrentamento daquelas que são as nossas questões centrais, e, por outro, que resistências eventualmente oferecerá a um esforço de recompreensão da ordem política em que o político e o jurídico possam se reencontrar e articular em termos suficientes para preservar a autonomia da juridicidade e assegurar aquela permeabilidade da ordem da sociedade às exigências da validade jurídica. E embora sejam muitas as variações das principais orientações político-filosóficas atuais, não deixam elas quase todas de se apresentarem, ainda e no fundamental, como herdeiras próximas do pensamento político moderno, de que já nos ocupamos. Essa nossa apreciação do debate político contemporâneo pode, então, se restringir a uma análise muito esquemática e deliberadamente recortada, tão-só para ver se, naquilo que tem de essencial, contribui com algo novo ou relevante para o enfrentamento dos problemas que mais diretamente nos importam, ou se afinal teremos de buscar outra vez no passado os pressupostos fundamentantes de uma autêntica ordem política de direito.

2.1. O debate político contemporâneo

O incontornável marco inaugural do debate político contemporâneo é a teoria da justiça de John Rawls. As questões sobre as quais há décadas gira a discussão são ainda fundamentalmente aquelas que articulou a partir de *A theory of justice*¹⁰⁴⁹, e ainda hoje a maioria das correntes do pensamento político-filosófico se situa no estreito espectro das concepções que se aliam ou opõem àquela renovada versão do moderno liberalismo¹⁰⁵⁰. Não há, portanto, como negligenciar, em nosso contexto de ideias, as reflexões provocadas por Rawls e as respostas que a sua teoria pretendeu oferecer aos problemas político-filosóficos fundamentais. Assim como não poderemos deixar de considerar, logo em seguida, as principais objeções comunitaristas ao liberalismo político, e também as alternativas que nos abrem certas novas versões do republicanismo e uma influente teoria discursivo-procedimental da democracia, pois a polarização que desse intenso debate resultou trouxe ao centro das atenções algumas questões fundamentais, ao mesmo passo em que descortinou os limites impostos pelos pressupostos político-filosóficos da modernidade. Esses pressupostos são ainda os do nosso tempo, como veremos também por referência ao atual debate. E nos prendem a modos de pensar o domínio do político com os quais dificilmente se conciliam uma adequada compreensão da juridicidade e a articulação, numa mesma ordem, das intencionalidades do político e do jurídico.

2.1.a) Da “teoria da justiça” ao “liberalismo político”: o pensamento político-filosófico de John Rawls

O problema central que Rawls pretendia resolver em *A theory of justice*¹⁰⁵¹ era o da “estrutura básica” que deveria a sociedade adotar – ou seja, o dos critérios em atenção aos quais deveriam ser distribuídos os direitos e deveres fundamentais

¹⁰⁴⁹ John Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, London, Belknap Press, 1971.

¹⁰⁵⁰ Uma boa perspectiva de conjunto oferecem-nos os ensaios e excertos reunidos em *Communitarianism and individualism*, Shlomo Avineri & Avner de-Shalit (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1992. Para uma ampla apreciação do debate, por referência ao pensamento dos principais protagonistas, v. Stephen Mulhall & Adam Swift, *Liberals and communitarians*, 2ª ed., Malden, Oxford, Victoria, Blackwell, 2005, *passim*.

¹⁰⁵¹ Remeteremo-nos diretamente à edição revisada, de 1999: John Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, Cambridge, London, Belknap Press, 1999.

e determinada a divisão de vantagens provenientes de uma cooperação social entre cidadãos livres e iguais – sob o filosófico pressuposto de que o bem é uma questão de escolha individual e não oferece adequados critérios para a solução daquele problema. Assim viriam, de uma só vez, excluídas as soluções tanto do utilitarismo quanto do perfeccionismo¹⁰⁵². A resposta para o problema da estrutura da sociedade passaria, portanto, pela definição de certos princípios de justiça anteriores e independentes de qualquer concepção acerca do bem ou de qualquer consideração acerca das inclinações naturais do homem, e que são também normativamente prioritários relativamente aos bens ou interesses individuais: um sistema justo delimita um espaço dentro do qual cada indivíduo pode buscar a realização dos seus escolhidos fins, e estabelece uma estrutura dentro da qual esses fins podem ser equitativamente perseguidos. É nisso que consiste a deontológica *prioridade do justo sobre o bem*: “Everyone is assured an equal liberty to pursue whatever plan of life he pleases as long as it does not violate what justice demands”¹⁰⁵³.

O método proposto por Rawls para a identificação dos seus princípios de justiça precisava ser coerente com o pressuposto de que cada pessoa deve decidir o que constitui o seu bem, não se admitindo, portanto, que aqueles princípios derivassem de qualquer concepção do bem. A ordem da sociedade deveria aproximar-se ao máximo do que seria um sistema voluntário, escolhido por seres autônomos e de modo que as suas obrigações pudessem ser consideradas autoimpostas. Com isso chegaríamos a uma versão renovada do contratualismo político, em que os princípios estruturantes da sociedade deveriam ser aqueles que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover os seus próprios interesses, aceitariam em uma situação hipotética de liberdade equitativa (a “posição original”). A essa maneira de considerar os princípios da justiça Rawls designava “justiça como equidade” (*justice as fairness*)¹⁰⁵⁴. Para que os princípios da justiça fossem considerados moralmente aceitáveis e se revestissem da necessária objetividade, a posição original deveria ser caracterizada de um tal modo que qualquer consenso atingido pudesse ser considerado justo. Isso se conseguiria na suposição de que as pessoas fossem postas sob um véu de ignorância relativamente às suas particulares

¹⁰⁵² Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 06, 11/2 e 14.

¹⁰⁵³ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 26-8, 88/1 e 490/1.

¹⁰⁵⁴ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 10-2.

contingências. Nessa situação hipotética, ninguém conheceria seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o seu *status* social, nem sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, inteligência, força e coisas semelhantes, e nem mesmo suas concepções do bem e suas individuais propensões psicológicas. Isso anularia o efeito daquelas particulares contingências, desencorajaria julgamentos de viés pessoal e propiciaria um ponto de vista mais geral, favorecendo o consenso e impedindo que a escolha dos princípios da justiça fosse determinada por interesses e vínculos particulares¹⁰⁵⁵. Colocar-se hipoteticamente nessa posição original seria como colocar-se *sub specie eternitatis*. Mas essa peculiar perspectiva da eternidade não é uma perspectiva que se obtém de fora do mundo, nem é ela o ponto de vista de um ser transcendente: “rather it is a form of thought and feeling that rational persons can adopt within the world”¹⁰⁵⁶.

Dessa construção resultariam dois princípios de justiça. O primeiro deles foi originalmente assim formulado: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”. O segundo estabelecia: “As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”¹⁰⁵⁷. Segundo Rawls, esses princípios constituiriam um caso especial de uma concepção mais geral da justiça que poderia ser formulada assim: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”¹⁰⁵⁸.

No que concerne às implicações institucionais da teoria, Rawls sustentava que o princípio da igual liberdade se traduziria num direito à igual participação no

¹⁰⁵⁵ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 11, 118-23 e 452/3.

¹⁰⁵⁶ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., p. 514.

¹⁰⁵⁷ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., p. 266 (citamos conforme à tradução brasileira: John Rawls, *Uma teoria da justiça*, 2ª ed., tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 333).

¹⁰⁵⁸ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., p. 54 (citamos conforme à tradução brasileira: Rawls, *Uma teoria da justiça*, op. cit., p. 66).

processo legislativo, a ser assegurado pela Constituição¹⁰⁵⁹. As exigências normativas materiais de que seriam expressões os princípios da justiça não se restringiriam, contudo, à imposição procedimental de uma igual participação, nem viriam anuladas pelas decisões obtidas em observância a essa exigência. A Constituição justa seria aquela que lograsse ser consensualmente aceita por representantes racionais orientados pelos princípios da justiça, assim como seriam justas apenas as leis e as políticas que fossem estabelecidas no estágio legislativo por legisladores racionais, ou seja, por legisladores que respeitassem as restrições impostas por uma Constituição justa e se esforçassem conscientemente para seguir os princípios da justiça. A decisão legislativa deveria ser concebida não como uma disputa de interesses, mas como uma tentativa de encontrar a política que melhor se ajustasse às exigências dos princípios da justiça. Poderíamos ter por justas, ou pelo menos por não injustas, as leis e políticas que acabassem por ser favorecidas nesse procedimento ideal em que pelo menos a maioria dos participantes estariam engajados em encontrar a solução mais ajustada aos princípios da justiça¹⁰⁶⁰. Mas as implicações práticas dos princípios da justiça não seriam de forma alguma sempre claras ou definidas, e mesmo o procedimento ideal seria praticamente imperfeito. A Constituição e a legislação estariam, assim, fadadas a ficarem, em concreto, aquém do que é justo. Preservar-se-ia então aquela fundamental diferenciação entre as exigências da justiça e o que circunstancialmente viesse a estabelecer a Constituição e a legislação. Mesmo que a lei contasse dentre aquelas que poderiam ser razoavelmente favorecidas por legisladores racionais comprometidos com os princípios da justiça, a decisão da maioria, de que resultasse aquela lei, seria meramente autoritativa, e não definitiva. Não haveria espaço aí para uma justiça procedimental pura. O melhor que se poderia esperar, na prática política, seria que o arranjo constitucional assegurasse que os interesses de classes sociais não distorcessem os acordos políticos a ponto de virem a serem tomadas decisões francamente incompatíveis com os princípios da justiça¹⁰⁶¹. Pode-se dizer, por isso, que esses princípios consubstanciariam uma validade capaz de se impor a todas as instâncias políticas da sociedade e não se anularia nem substituiria por nenhuma circunstancial decisão ou contingente normatividade. Rawls deixou isso claro ao

¹⁰⁵⁹ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 194/5.

¹⁰⁶⁰ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., p. 314.

¹⁰⁶¹ Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., pp. 316-8.

tratar das situações limite suscitadas pelo problema da desobediência civil: “In a democratic society [...] it is recognized that each citizen is responsible for his interpretation of the principles of justice and for his conduct in the light of them. There can be no legal or socially approved rendering of these principles that we are always morally bound to accept, not even when it is given by a supreme court or legislature. [...] [T]o employ the coercive apparatus of the state in order to maintain manifestly unjust institutions is itself a form of illegitimate force that men in due course have a right to resist”¹⁰⁶².

As posteriores contribuições de Rawls foram consolidadas anos mais tarde em um extenso compilado de ensaios publicado sob o título de *Political liberalism*¹⁰⁶³. As principais novidades foram justificadas por Rawls sob o argumento de que *A theory of justice* considerava a justiça como equidade uma compreensiva ou parcialmente compreensiva doutrina filosófica, e que era necessário agora dar conta do pluralismo de incompatíveis doutrinas compreensivas, tão característico das sociedades democráticas contemporâneas. A teoria da justiça original era ainda de um liberalismo hesitante, e com as suas novas formulações queria Rawls delinear uma teoria estritamente política e fundamentalmente liberal (um liberalismo estritamente *político*) suscetível de assimilação por uma moderna e plural sociedade democrática. O problema a resolver passou a ser o da coexistência em um regime constitucional de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais incompatíveis. Qual afinal, perguntava-se Rawls, a estrutura e o conteúdo de uma concepção política capaz de obter o consenso de cidadãos tão profundamente divididos? Com essa preocupação de contemplar o “fato do pluralismo razoável” (a coexistência em um regime democrático de incompatíveis mas, apesar disso, razoáveis doutrinas compreensivas), aquela compreensiva doutrina liberal de *A theory of justice* daria lugar a um liberalismo político mais abstrato capaz de abrigar aquela mas também outras diversas concepções liberais (um liberalismo *político* e não compreensivo, que politicamente viria a ser, portanto, mais liberal do que os liberalismos compreensivos). Com essa sua nova teoria, Rawls tentará então avançar o que ele considerava uma *concepção meramente política da justiça*, ou seja, uma concepção acerca da estrutura básica

¹⁰⁶² Rawls, *A theory of justice (Revised Edition)*, op. cit., p. 342.

¹⁰⁶³ John Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, New York, Columbia University Press, 2005.

da sociedade que já não consubstanciava uma doutrina compreensiva e se mantivesse nos mais estreitos limites de uma meramente “razoável” concepção política, suscetível de aceitação por uma pluralidade de razoáveis doutrinas compreensivas e capaz de estabelecer uma base pública para a justificação e a deliberação¹⁰⁶⁴.

Rawls acreditava que duas novas ideias eram necessárias para lidar com o fato do pluralismo razoável: a ideia de um razoável *overlapping consensus*¹⁰⁶⁵, e a ideia de *public reason*¹⁰⁶⁶. A construção era orientada pelo *critério da reciprocidade*: “our exercise of political power is proper only when we sincerely believe that the reasons we offer for our public action may reasonably be accepted by other citizens as a justification of those actions”¹⁰⁶⁷. A ideia de um consenso por sobreposição em torno de uma concepção política suscetível de aceitação por diferentes doutrinas compreensivas razoáveis refletia esse critério, assim como o refletia o ideal da razão pública, que exigiria dos cidadãos que se conduzissem no debate político por aquilo que cada um sinceramente considerasse uma razoável concepção política da justiça, ou seja, por uma concepção que expressasse valores políticos que se poderia razoavelmente esperar que outros cidadãos livres e iguais razoavelmente endossassem. O que Rawls queria era que ao apelarem a princípios os cidadãos envolvidos no debate político fizessem-no sempre em conformidade ao critério da reciprocidade¹⁰⁶⁸. O recurso à posição original passava com isso a ser apenas um caminho para as exigências da justiça quando a sociedade é considerada um esquema de cooperação entre cidadãos livres e iguais¹⁰⁶⁹. Outros considerariam outros caminhos mais razoáveis, e assim o conteúdo da razão pública seria dado por um conjunto de razoáveis concepções da justiça. O que importava era que todos respeitassem o critério da reciprocidade e tomassem os cidadãos por livres e iguais, razoáveis e racionais, expressando-se exclusivamente em termos de valores

¹⁰⁶⁴ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. xvi-xx, xxxv-xxxviii, xl/xli e 115; idem, “The idea of public reason revisited (1997)”, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 489/90.

¹⁰⁶⁵ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 15, 39/40 e Lecture IV, pp. 133 e ss.

¹⁰⁶⁶ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., Lecture VI, pp. 212 e ss.; idem, “The idea of public reason revisited (1997)”, op. cit., *passim*.

¹⁰⁶⁷ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. xlv/xlv.

¹⁰⁶⁸ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. xlv-xlix, lviii e 223-7.

¹⁰⁶⁹ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 22-8.

políticos, de modo que todos os argumentos consubstanciassem, em certo sentido, razoáveis concepções políticas liberais capazes de resultar em um consenso por sobreposição, mesmo que tivessem suas raízes em diferentes doutrinas compreensivas e incorporassem diferentes princípios substantivos e procedimentais de justiça. Então essa concepção liberal política, diferentemente da compreensiva doutrina liberal anterior, não fixava de uma vez por todas os princípios da justiça: “Political liberalism, then, does not try to fix public reason once and for all in the form of one favored political conception of justice”¹⁰⁷⁰.

Com essa ideia de uma razão pública orientada por valores pertencentes ao específico domínio do político, Rawls pretendia realizar o ideal político liberal segundo o qual só deveria o poder ser exercido “in ways that all citizens can reasonably be expected to endorse in the light of their common human reason”. Assim ficariam estabelecidas as bases fundamentais para a deliberação política, especialmente “when constitutional essentials and basic questions of justice are at stake”¹⁰⁷¹. É aí que teríamos o critério decisivo da legitimidade do direito. Se a decisão expressiva da opinião da maioria resultasse de uma deliberação orientada por esse ideal da razão pública, o direito que dela resultaria seria legítimo, e, ainda que não fosse o mais razoável ou apropriado, seria politicamente obrigatório e como tal deveria ser aceito. Isso se aplicaria tanto a deliberações relativas à própria estrutura constitucional quanto a decisões legislativas tomadas de acordo com aquela estrutura¹⁰⁷². Mas Rawls continuava a distinguir a legitimidade da justiça ou da razoabilidade substantiva, e por isso nunca chegou a transitar, com a afirmação do seu liberalismo político, para uma concepção francamente procedimental da justiça: “The idea of right and just constitutions and basic laws is always ascertained by the most reasonable political conception of justice and not by the result of an actual political process”¹⁰⁷³. Prova disso é que onde houvesse uma suprema corte encarregada de proteger um *higher law*, deveria esse mais elevado corpo judicial buscar nos valores políticos de uma razoável concepção estritamente política da

¹⁰⁷⁰ Rawls, “The idea of public reason revisited (1997)”, op. cit., pp. 450-2.

¹⁰⁷¹ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 139/40.

¹⁰⁷² Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 137; idem, “The idea of public reason revisited (1997)”, op. cit., pp. 446-8.

¹⁰⁷³ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 233; a réplica de Rawls a Habermas é nesse ponto muito ilustrativa: *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., esp. pp. 397/8.

justiça os critérios para decidir as questões constitucionais fundamentais¹⁰⁷⁴. É fundamentalmente por isso que o exercício da função de uma suprema corte seria, para Rawls, exemplar de certas substanciais exigências da razão pública¹⁰⁷⁵. Essas exigências seriam, contudo, materialmente muito rarefeitas. Rawls continua a defender que os princípios da justiça devem orientar todas as decisões de índole normativa, em etapas que vão desde a definição dos princípios constitucionais até às decisões judiciais¹⁰⁷⁶. Mas agora o acento estará posto mais em certas características da deliberação do que nas materiais exigências que deveriam permear o processo decisório. Quando, apesar do apelo a valores estritamente políticos, subsistisse o desacordo acerca de questões fundamentais, porque afinal a razão pública admitiria mais de uma resposta razoável para uma particular questão, o decisivo seria que a discussão permanecesse nos estritos limites de um debate político, o que significa que só poderíamos endereçar esses problemas por referência ao que considerássemos uma razoável concepção política da justiça. E por mais que as diversas concepções políticas trouxessem ao debate exigências materiais de justiça, o que a ideia de razão pública incorporada pelo liberalismo político de Rawls exigiria era que nossos argumentos fossem suportados por valores pertencentes ao estreito domínio do político e pudessem, assim, ser considerados razoáveis, no sentido de que poderíamos razoavelmente esperar que viessem a ser aceitos por todos: “public reason does not ask us to accept the very same principles of justice, but rather to conduct our fundamental discussions in terms of what we regard as a political conception. We should sincerely think that our view of the matter

¹⁰⁷⁴ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 234-6.

¹⁰⁷⁵ “The justices cannot, of course, invoke their own personal morality, nor the ideals and virtues of morality generally. Those they must view as irrelevant. Equally, they cannot invoke their or other people’s religious or philosophical views. Nor can they cite political values without restriction. Rather, they must appeal to the political values they think belong to the most reasonable understanding of the public conception and its political values of justice and public reason. These are values that they believe in good faith, as the duty of civility requires, that all citizens as reasonable and rational might reasonably be expected to endorse” (Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 236).

¹⁰⁷⁶ Rawls deixa isso muito claro quando, em resposta a Habermas, explicita as quatro etapas da justificação que iriam se desdobrando desde a posição original até aquelas deliberações que já não são cobertas pelo véu da ignorância: “We begin in the original position where the parties select principles of justice; next, we move to a constitutional convention where – seeing ourselves as delegates – we are to draw up the principles and rules of a constitution in the light of the principles of justice already on hand. After this we become, as it were, legislators enacting laws as the constitution allows and as the principles of justice require and permit; and finally, we assume the role of judges interpreting the constitution and laws as members of the judiciary” (*Political liberalism [Expanded Edition]*, op. cit., pp. 397/8).

is based on political values everyone can reasonably be expected to endorse”¹⁰⁷⁷. Que o debate público devesse orientar-se por uma concepção política significava então que esse debate deveria ficar sujeito a certos limites concernentes ao *modo* como cada um poderia apresentar os seus argumentos, e muito embora essa exigência tivesse certa índole substancial e fosse substancialmente fundada, como claramente entendia Rawls, tratava-se de algo muito diferente da, e inclusive incompatível com, uma exigência que se poderia fazer aos participantes de que se remetessem em seus argumentos a uma validade normativa fundamentante, como quer que viessem a compreendê-la, pois, ao contrário de restringir o debate, isso provavelmente implicaria uma maior abertura e uma normativa transcensão que acabariam por torná-lo mais permeável a considerações que Rawls queria deixar de fora da discussão, para restringir o potencial de desacordo e não perturbar o “fato do pluralismo razoável”¹⁰⁷⁸.

2.1.b) A crítica comunitarista ao *self* liberal e algumas das suas implicações político-institucionais

Em um conhecido ensaio, Ronald Dworkin explicitou com toda clareza as posições centrais do liberalismo contra as quais se insurgirão os chamados comunitaristas. Os liberais sustentam, em franca oposição ao “perfeccionismo” da filosofia política clássica, que a igualdade exige do governo que se abstenha de promover ou privilegiar qualquer concepção acerca do que seja uma vida boa: “Since the citizens of a society differ in their conceptions, the government does not treat them as equals if it prefers one conception to another, either because the officials believe that one is intrinsically superior, or because one is held by the more numerous or more powerful group”¹⁰⁷⁹. Disso resultam direitos que protegem os indivíduos contra decisões político-governamentais que porventura desviem daquela exigência. Esses direitos são como trunfos (*trump cards*) que protegem a liberdade

¹⁰⁷⁷ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 240/1.

¹⁰⁷⁸ “The advantage of staying within the reasonable is that there can be but one true comprehensive doctrine, though as we have seen, many reasonable ones. Once we accept the fact that reasonable pluralism is a permanent condition of public culture under free institutions, the idea of the reasonable is more suitable as part of the basis of public justification for a constitutional regime than the idea of moral truth. Holding a political conception as true, and for that reason alone the one suitable basis of public reason, is exclusive, even sectarian, and so likely to foster political division” (Rawls, *Political liberalism [Expanded Edition]*, op. cit., p. 129).

¹⁰⁷⁹ Ronald Dworkin, “Liberalism”, *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 191.

dos indivíduos contra quaisquer iniciativas movidas por uma particular concepção do bem¹⁰⁸⁰. É isso, na prática, o que significa a prioridade do justo sobre o bem: os princípios da justiça asseguram certas liberdades anteriores e independentes de qualquer concepção acerca do que seja uma vida boa, para que cada um possa perseguir o seu bem, tal como venha a compreendê-lo. Com isso a intenção fundamental do liberalismo político se realiza. O bem é uma questão de escolha individual. Cada cidadão deve então desfrutar de um espaço de liberdade que lhe permita perseguir os fins que venha a tomar para si em função da sua concepção do bem. A sociedade é estruturada, portanto, em termos que permitam a coexistência de concorrentes concepções do bem, e a prioridade normativa é dada a certas liberdades ou direitos que prevalecem sobre toda e qualquer concepção particular quanto ao que venha a ser uma vida boa. Se alguém porventura pretender impor aos demais a sua concepção, esbarrará em certos direitos que salvaguardam os titulares contra potenciais invasões da sua liberdade ditadas por concepções diversas das suas ou que de qualquer modo impeçam que cada um siga o plano de vida determinado por sua particular visão do bem.

A crítica comunitarista centra-se precisamente no pressuposto fundamental dessa construção, sintetizado por Rawls à sua maneira quando assevera que o nosso *self* é anterior ao bem: “the self is prior to the ends which are affirmed by it”. Uma vez que o bem é agora apenas um fim que o indivíduo escolhe e afirma em contraposição a outros possíveis fins concorrentes, os princípios da justiça devem ser estabelecidos anterior e independentemente de qualquer concepção do bem¹⁰⁸¹. Os comunitaristas tendem a um outro extremo, pois rejeitam que as nossas identidades sejam anteriores aos nossos fins e independentes de nossos contextos comunitários. Abre-se então todo um conjunto de alternativas mutuamente excludentes decorrentes de como venha a ser compreendida essa relação entre nossas identidades e nosso bem: “either our identities are independent of our ends,

¹⁰⁸⁰ Dworkin, “Liberalism”, op. cit., p. 198.

¹⁰⁸¹ “We should not attempt to give form to our life by first looking to the good independently defined. It is not our aims that primarily reveal our nature but rather the principles that we would acknowledge to govern the background conditions under which these aims are to be formed and the manner in which they are to be pursued. For the self is prior to the ends which are affirmed by it; even a dominant end must be chosen from among numerous possibilities. There is no way to get beyond deliberative rationality. We should therefore reverse the relation between the right and the good proposed by teleological doctrines and view the right as prior” (Rawls, *A theory of justice [Revised Edition]*, op. cit., pp. 490/1).

leaving us totally free to choose our life plans, or they are constituted by community, leaving us totally encumbered by socially given ends; either justice takes absolute priority over the good or the good takes the place of justice; either justice must be independent of all historical and social particularities or virtue must depend completely on the particular social practices of each society; and so on”¹⁰⁸². Assumindo que a prioridade conferida aos princípios da justiça sobre as concepções do bem é uma implicação da prioridade dada ao *self* sobre o seu bem¹⁰⁸³, a crítica comunitarista acredita poder refutar o liberalismo sustentando que a nossa identidade não é independente daquelas nossas concepções e que nossas concepções não são independentes das nossas circunstâncias e, especialmente, dos nossos vínculos comunitários. Os chamados comunitaristas defendem uma compreensão constitutiva da comunidade, no sentido muito específico de que as nossas identidades são de algum modo decorrentes de uma certa autocompreensão compartilhada ou intersubjetiva que só pode tomar forma e adquirir sentido em um contexto comunitário em que se articulam as nossas concepções acerca do que seja o bem ou uma vida boa e também a justiça¹⁰⁸⁴. Não somos e não podemos ser, na conhecida expressão de Michael Sandel, *unencumbered selves*, ou seja, indivíduos desvinculados dotados de uma identidade dada anterior e independentemente dos nossos bens e de nossas concepções acerca do que é bom para nós¹⁰⁸⁵. Somos inerradicavelmente orientados ao bem, sustenta Charles Taylor, e só encontramos nossa identidade num contexto comunitário em que o nosso bem possa ser articulado e a partir do qual possamos nos posicionar acerca do que é bom¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² Amy Gutmann, “Communitarian critics of liberalism”, *Communitarianism and individualism*, Shlomo Avineri & Avner de-Shalit (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 130.

¹⁰⁸³ Michael J. Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 15-24.

¹⁰⁸⁴ Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., pp. 161, 173 e 179; idem, “The procedural republic and the unencumbered self”, *Communitarianism and individualism*, Shlomo Avineri & Avner de-Shalit (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 23/4; Charles Taylor, *The sources of the self. The making of the Modern identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, pp. 34-6; idem, “The politics of recognition”, *Philosophical arguments*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1995, p. 230; Michael Walzer, *Spheres of justice. A defense of pluralism and equality*, USA: Basic Books, 1983, pp. 05/6, 19, 28 e 312-4; Alasdair MacIntyre, *After virtue*, 3ª ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, pp. 126/7; idem, “La privatización del bien”, tradução de Juan Fernando Segovia, *El iusnaturalismo actual*, Carlos I. Massini-Correas (org.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 229/30.

¹⁰⁸⁵ Sandel, “The procedural republic and the unencumbered self”, op. cit., pp. 18/9.

¹⁰⁸⁶ Taylor, *The sources of the self...*, op. cit., pp. 26-31, 33, 44, 47, 51/2, 92-7 e 105.

Invertendo a lógica liberal, essas diversas premissas subordinam os princípios e as exigências da justiça a certas particulares concepções do bem – “the good is always primary to the right”¹⁰⁸⁷. Não podemos deliberar acerca de questões pertinentes à justiça sem referência às concepções do bem que encontram expressão nas diversas culturas e tradições no interior das quais têm lugar as nossas deliberações¹⁰⁸⁸. Então nossos direitos e as normas da justiça são também sempre referidos a certas compartilhadas concepções do bem e nelas encontram a sua justificação normativa¹⁰⁸⁹. Fora de um contexto comunitário orientado por uma compartilhada compreensão do bem não é possível resolver justificadamente os inúmeros problemas práticos que nos interpelam, e por isso sustenta MacIntyre, numa sua recuperação de Aristóteles, que a comunidade é o *locus* da racionalidade prática¹⁰⁹⁰. Em sentido análogo, Michael Sandel alerta para a circunstância de que sem aqueles vínculos constitutivos que só podem se estabelecer em um contexto comunitário, a deliberação redundaria numa pura escolha preferencial e nos lança na arbitrariedade. Ao apreciar a proposta liberal de uma concepção meramente política da justiça, Sandel defendeu que as severas restrições incorporadas pelo ideal liberal da “razão pública” empobreceriam o debate público e excluiriam importantes dimensões da deliberação, criando um vazio moral que abriria caminho para a intolerância, a trivialidade e a desorientação¹⁰⁹¹. A crítica de MacIntyre é ainda mais severa. A “privatização do bem” preconizada pela visão liberal daria ensejo a uma retórica política pluralista que mascara um dissenso fundamental e um empobrecimento moral. A persuasão não racional desloca a argumentação racional, e a política se torna uma espécie de guerra civil realizada por outros meios¹⁰⁹².

No espectro comunitarista do debate prevalecerá, portanto, uma tendência muito diferente daquela que vai implicada na compreensão liberal do indivíduo. Não temos como nos colocar inteiramente fora de nossos tradicionais contextos culturais

¹⁰⁸⁷ Taylor, *The sources of the self...*, op. cit., p. 89.

¹⁰⁸⁸ Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., p. 186.

¹⁰⁸⁹ MacIntyre, “La privatización del bien”, op. cit., pp. 215-7, 224-6 e 235; Walzer, *Spheres of justice...*, op. cit., p. xv.

¹⁰⁹⁰ MacIntyre, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, op. cit., pp. 154-6.

¹⁰⁹¹ Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., pp. 180, 196 e 217.

¹⁰⁹² MacIntyre, *After virtue*, op. cit., p. 253; idem, “La privatización del bien”, op. cit., pp. 217-228; idem, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, op. cit., pp. 361-9.

e comunitários e, abstraindo das particulares circunstâncias constitutivas de nossas identidades, dar adesão a princípios de justiça independentes de qualquer concepção acerca do que seja o bem e uma vida valiosa. Nem poderá ser bem ordenada uma sociedade orientada pelo pressuposto de que o bem é uma questão de escolha individual, limitando-se com isso a resguardar, mediante a consagração de certos direitos, uma esfera de liberdade delimitada indiferentemente ao que seja uma vida boa, com o propósito de que cada um persiga dentro desses limites os fins que tome para si. Em vez de limitarem nesses termos o debate público e as deliberações políticas, os chamados comunitaristas tendem a privilegiar formas de associação e espaços comunitários em que o problema do que é bom e valioso possa ser livremente tematizado pelos cidadãos em geral. Esses espaços comunitários devem ser preferencialmente locais e precisam constituir uma variedade de ambientes deliberativos, propiciando o fortalecimento dos vínculos associativos e o florescimento de diversas formas de vida comum. Pois embora a deliberação pressuponha alguma orientação a um bem comum e uma autocompreensão dos participantes como pertencentes a uma comunidade que compartilha propósitos¹⁰⁹³, não se exige que para a deliberação acontecer e a racionalidade prevalecer tenha de haver um bem compreensivo dado de antemão, já que é precisamente no encontro de objeções construtivas propiciado pela prática deliberativa que superamos a unilateralidade das nossas visões e somos despertados para a confusão entre os nossos desejos e o que é bom¹⁰⁹⁴. O decisivo então é que a sociedade seja constituída por diversos espaços ou esferas de participação em que os cidadãos sejam verdadeiramente ouvidos¹⁰⁹⁵ e possam, além disso, ser chamados à responsabilidade por suas opiniões e decisões¹⁰⁹⁶. Em oposição à versão liberal do respeito equitativo, os comunitaristas propõem, então, segundo Sandel, uma “concepção deliberativa do respeito”: “we respect our fellow citizen’s moral and religious convictions by engaging, or attending to, them – sometimes by challenging and contesting them, sometimes by listening and learning

¹⁰⁹³ Charles Taylor, “Liberal politics and the public sphere”, *Philosophical arguments*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1995, p. 276.

¹⁰⁹⁴ Alasdair MacIntyre, “Aquinas and the extent of moral disagreement”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 72-4; idem, “Some Enlightenment projects reconsidered”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 176/7.

¹⁰⁹⁵ Taylor, “Liberal politics and the public sphere”, op. cit., pp. 276/7.

¹⁰⁹⁶ MacIntyre, “Rival Aristotles: Aristotle against some modern Aristotelians”, op. cit., pp. 38/9; Walzer, *Spheres of justice...*, op. cit., p. 310.

from them – especially when those convictions bear on important political questions”. Essa maior abertura é considerada mais ajustada a uma sociedade pluralista e, na medida em que nossas divergências refletem a pluralidade dos bens humanos, a compreensão deliberativa do respeito equitativo ainda nos capacita para apreciar os distintos bens que nossos diferentes modos de vida expressam¹⁰⁹⁷. Além disso, a fragmentação – ou “atomismo”, na expressão de Charles Taylor – decorrente do acento posto pelos liberais em certos direitos que restringiriam a deliberação, e viriam opostos na forma de trunfos às decisões que porventura incorporassem qualquer particular concepção do bem, privilegia, segundo os comunitaristas, uma concentração do poder e o seu deslocamento para a burocracia e o domínio da jurisdição, com o desempoderamento dos cidadãos e a fragilização da democracia¹⁰⁹⁸. No que concerne à problemática dos arranjos políticos, os comunitaristas postulam, então, um maior fortalecimento dos mecanismos democráticos de deliberação e ação comuns e uma maior mobilização de uma esfera pública extrapolítica composta por formas associativas relativamente autônomas e comunidades locais de menor escala¹⁰⁹⁹. É assim que se realiza a liberdade em nossa civilização, e é nessa forma de realização da liberdade que realizamos a nossa identidade¹¹⁰⁰. Chegamos então à problemática que mobiliza toda uma outra corrente do pensamento político contemporâneo, em que vemos devolvida ao centro das atenções a temática da participação democrática.

2.1.c) A contemporânea renovação da tradição republicana

A crítica comunitarista ao liberalismo está certamente ligada à recuperação de certos ideais republicanos. Alguns comunitaristas são, inclusive, adeptos declarados do republicanismo. O caso mais evidente é o de Charles Taylor, de cuja crítica ao

¹⁰⁹⁷ Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., p. 218.

¹⁰⁹⁸ Sandel, “The procedural republic and the unencumbered self”, op. cit., pp. 23/4 e 27/8; Taylor, “Liberal politics and the public sphere”, op. cit., pp. 281-5; Michael Walzer, “The communitarian critique of liberalism”, *Political Theory* 18 (1990), pp. 16/7.

¹⁰⁹⁹ Taylor, “Liberal politics and the public sphere”, op. cit., pp. 285-7; Walzer, *Spheres of justice...*, op. cit., pp. 303-11; MacIntyre, *After virtue*, op. cit., p. 263; idem, “Three perspectives on Marxism: 1953, 1968, 1996”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 156.

¹¹⁰⁰ Charles Taylor, “What’s wrong with negative liberty”, *Liberty*, David Miller (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1991, *passim*; idem, “Atomism”, *Communitarianism and individualism*, Shlomo Avineri & Avner de-Shalit (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 47-9.

liberalismo resulta uma defesa do autogoverno participativo articulada em termos francamente republicanos¹¹⁰¹. Mas isso certamente não justifica uma equiparação do republicanismo ao comunitarismo, pois embora haja aí importantes interseções, e certos comunitaristas, como Taylor, sejam declarados republicanos, o comunitarismo em sentido estrito é, sobretudo, uma impositação polêmica dirigida contra a compreensão liberal do indivíduo suscetível de diversos desdobramentos que não chega a constituir uma tradição de pensamento político, embora se ligue aqui e ali à tradição republicana e saia frequentemente em defesa de ideais republicanos. O republicanismo vem, por sua vez, da antiguidade, e tem a sua própria problemática; pode ser mobilizado contra o liberalismo, mas não retira sua identidade de nenhuma oposição polêmica a esta ou a qualquer outra concepção política moderna. E embora a delimitação do debate contemporâneo pudesse a certa altura justificar alguma confusão entre o republicanismo e o comunitarismo – a ponto de Habermas assimilar um ao outro, atribuindo-lhes um único “modelo de democracia”¹¹⁰² –, um recente esforço de recuperação do republicanismo por importantes politólogos mostra que a tradição republicana tem a sua autonomia e que, mesmo se comunitaristas chegam a convergir aqui e ali com o republicanismo, convém dar a esta tradição um tratamento autônomo e ver o que têm os seus atuais expositores contemporâneos a dizer acerca dos problemas políticos mais relevantes.

O republicanismo tem raízes no pensamento político grego, mas as suas pressuposições fundamentais costumam ser atribuídas aos romanos¹¹⁰³. Foi revigorado por célebres pensadores renascentistas, influenciou o debate político na Inglaterra do séc. XVII e inspirou os *founding fathers* da república americana¹¹⁰⁴. Está profundamente vinculado a uma compreensão da liberdade que diverge da concepção da liberdade como não-impedimento e da pressuposição hobbesiana de

¹¹⁰¹ Charles Taylor, “Cross-purposes: the Liberal-Communitarian debate”, *Philosophical arguments*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1995, esp. p. 199; idem, “Liberal politics and the public sphere”, op. cit., pp. 285-7.

¹¹⁰² Jürgen Habermas, “Three normative models of democracy”, *The inclusion of the other*, tradução de Ciaran Cronin e Pablo De Greiff, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998, p. 241.

¹¹⁰³ Maurizio Viroli, *Republicanism*, tradução de Antony Shugaar, New York, Hill and Wang, 2002, p. 04.

¹¹⁰⁴ Philip Pettit, *Republicanism: a theory of freedom and government*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 05/6 e 283-6.

que é onde o domínio da juridicidade termina que a liberdade começa¹¹⁰⁵. Também diverge, pelo outro lado, das teorias democráticas radicais, pois considera que a participação dos cidadãos nas deliberações políticas é apenas um meio para a garantia da liberdade e deve vir submetida a limites capazes de impedir a degeneração do regime republicano em um despotismo majoritário. A liberdade consiste, afinal, não na ausência pura e simples de qualquer impedimento externo, pois basta para considerar-se livre que o cidadão não esteja sujeito à dominação ou à vontade arbitrária¹¹⁰⁶. Na tradição republicana, a condição fundamental para a fruição dessa liberdade é que a própria comunidade política da qual o cidadão é parte seja uma comunidade livre, e isso depende da sua capacidade de governar-se a si própria e viver sob as próprias leis¹¹⁰⁷. Mas o que, mais especificamente, significa para a comunidade, nessa tradição, governar-se a si mesma e viver sob as próprias leis? Isso só fica claro quando se chega a compreender melhor o que significa, no outro extremo, viver sob o domínio de uma vontade arbitrária.

Segundo Philip Pettit, a suscetibilidade à interferência arbitrária em que consiste a dominação se verifica quando alguém se vê sujeito aos desígnios de uma vontade alheia aos interesses e às ideias daqueles a quem essa vontade se impõe¹¹⁰⁸. Ser livre é não estar sujeito à vontade de alguém que possa interferir em sua vida senão para o seu reconhecido bem. Então uma comunidade política livre é aquela que se governa *no interesse dos cidadãos* ou *para o bem comum*, e disso resulta uma fundamental exigência normativa, formulada por Pettit nos seguintes termos: *a comunidade deve perseguir todos e apenas os reconhecíveis interesses comuns dos seus cidadãos* (“all-and-only formula”)¹¹⁰⁹. Essa exigência é sacrificada quando em detrimento do interesse comum prevalece o interesse faccional de uma parte apenas dos cidadãos¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁵ Quentin Skinner, *Liberty before liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 05-11.

¹¹⁰⁶ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 05/6 e 17-50.

¹¹⁰⁷ Skinner, *Liberty before liberalism*, op. cit., pp. 23-6; 60, 68 e 76/7; Viroli, *Republicanism*, op. cit., p. 08.

¹¹⁰⁸ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 25, 31 ss., 52-8 e 63/4.

¹¹⁰⁹ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 285 e 290-2.

¹¹¹⁰ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 56.

Inúmeras exigências são reconhecidas pela tradição do republicanismo para que a comunidade se governe no interesse dos cidadãos e não venha a ser submetida ao domínio despótico de uma facção. Para que se governe, é necessário, evidentemente, a adoção de um regime que incorpore um elemento democrático, mediante a institucionalização de formas de participação política que assegurem que o governo será consentido e que as leis normalmente expressem a vontade majoritária dos cidadãos¹¹¹¹. Mas o valor desse autogoverno que o elemento democrático do regime viabiliza é instrumental. Acredita-se que a participação de todos os cidadãos no processo democrático e a sujeição de todos às leis que desse processo resultam favorece a orientação ao bem comum e contém o risco de prevalência de interesses faccionais, não só porque assim se qualifica o próprio processo legislativo, mas, especialmente, porque o engajamento político encoraja uma cultura política hostil à dominação e contribui para a condução à liderança da comunidade dos cidadãos mais virtuosos e propensos a servir ao bem comum¹¹¹². Isso não é, contudo, suficiente para garantir que a comunidade será governada no interesse dos cidadãos. É necessário erigir ulteriores salvaguardas e instituir mecanismos de proteção contra os riscos de um domínio faccioso e a predominância do interesse pessoal de quem governa. O debate e a deliberação públicos certamente contribuem para a manutenção da liberdade republicana, mas são insuficientes e implicam por si mesmos um risco, já que via decisão majoritária pode vir-se a abrir o caminho para um domínio despótico da maioria. É indispensável, portanto, que sejam instituídos limites e constrangimentos capazes de inibir o sectarismo e sensibilizar as autoridades para as exigências do bem comum¹¹¹³. E assim o republicanismo consagrará e virá sempre em defesa do regime misto, da dispersão do poder, da imposição de limites à vontade majoritária, do governo representativo, do império do direito e de mecanismos institucionais que favoreçam o questionamento das decisões e ações de quem governa e legisla¹¹¹⁴. Sem arranjos e limites dessa índole, o regime republicano tende a degenerar. A prevalência do elemento democrático rompe o equilíbrio que se espera de um regime misto e abre caminho para a predominância do interesse faccional de uma maioria. A lei se

¹¹¹¹ Skinner, *Liberty before liberalism*, op. cit., pp. 23-30.

¹¹¹² Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 04/5, 11, 27 e 66.

¹¹¹³ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 56-8, 65 e 67/8.

¹¹¹⁴ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 63, 65, 173-85, 211/2 e 284; Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 05/6; Skinner, *Liberty before liberalism*, op. cit., pp. 31-6 e 54/5.

transforma em meio de imposição de uma vontade arbitrária e com isso resulta um despotismo majoritário que rompe o equilíbrio republicano e suprime a liberdade. Por isso é habitual entre os republicanos a insistência nos perigos do poder ilimitado, incluindo aí o poder do povo. Só há liberdade onde o poder é limitado, e isso se aplica ao poder democrático e à lei que do seu exercício resulta¹¹¹⁵. A participação democrática não é, portanto, um fim em si mesmo. Constitui apenas um elemento de um regime misto sob o império do direito orientado ao bem comum e à preservação da liberdade. Se a vontade majoritária é no interesse da maioria, é tão arbitrária quanto a vontade de um tirano que legisla em seu próprio interesse¹¹¹⁶.

Quanto ao problema do fim a que serve o regime político, os teóricos contemporâneos do republicanismo demonstram certa hesitação. Philip Pettit defende que a liberdade como não-dominação é o “valor político supremo”, e chega mesmo a dizer que essa liberdade republicana constitui o “único fim do estado”¹¹¹⁷. Mas subscreve ao mesmo tempo ideias que repercutem o compromisso do pensamento político clássico com o bem comum. A própria ideia de liberdade vai, como vimos, referida a uma certa ideia de bem. Ser livre é o mesmo que não estar sujeito à vontade arbitrária, ou seja, a uma vontade que descuida do interesse daquele a quem se impõe, e por isso só pode ser considerada livre a comunidade política em que o poder é exercido no interesse dos cidadãos. O *rule of law*, ou império do direito, de que depende uma comunidade livre, é igualmente qualificado por referência a uma certa ideia de bem. Depende da supremacia de uma ordem jurídica não-arbitrária¹¹¹⁸, e por força das ideias a que já aludimos só pode ser assim qualificada uma ordem jurídica orientada ao bem comum: direito não-arbitrário é, com efeito, aquele que respeita os interesses e as ideias dos cidadãos em geral e não apenas a vontade de um indivíduo ou grupo¹¹¹⁹. E é a supremacia de um tal direito que, na tradição republicana, *constitui* a liberdade. Ao orientar-se ao bem comum e impor-se a todos por igual, o direito assegura que ninguém ficará sujeito à vontade arbitrária de ninguém, e disso se infere que é nesta geral subordinação de

¹¹¹⁵ Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 27-30; Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 62.

¹¹¹⁶ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 08, 30 e 130.

¹¹¹⁷ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 80.

¹¹¹⁸ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 66; Viroli, *Republicanism*, op. cit., p. 43.

¹¹¹⁹ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 36/7; Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 37/8.

todos a um direito adequadamente orientado que se sustenta a liberdade republicana¹¹²⁰. Pettit dá a essa antiga peça de sabedoria política um novo vigor ao formular a sua proposta de uma democracia contestatória em que o decisivo é não o consentimento ou a prevalência da vontade popular, e sim a existência de mecanismos que submetam as decisões e ações governamentais à contestação. O importante, assevera, é criar “a testing environment of selection for the laws”. Vai assim estabelecida uma conexão, reconhecida pelo autor, com a ênfase do republicanismo pré-moderno na virtude de ter “leis” que resistiram ao teste do tempo e são parte de uma *ancient constitution*. Recupera-se então aquela velha ideia de que o bom direito é aquele que sobrevive ao teste do tempo, com a novidade de que agora essa ideia é extrapolada para dar sentido a uma compreensão republicanana da própria democracia. Um ambiente institucional apto a estimular e favorecer a contestação põe em marcha um processo democrático concebido para deixar que as exigências da razão se materializem e imponham com o tempo, e com isso a democracia vai inteiramente reconfigurada, para qualificar um regime que oferece um ambiente para a seleção de leis que assegurem que as sobreviventes serão geralmente satisfatórias e responderão aos interesses e ideias dos cidadãos. A diferença entre esta compreensão da democracia e aquela que concebe o processo democrático como uma forma de equacionar interesses particulares concorrentes está na circunstância de que a república contestatória “põe a razão em primeiro plano”, porque tende a assegurar que a comunidade política será orientada em suas decisões e ações por todos e apenas pelos comuns interesses reconhecíveis dos cidadãos¹¹²¹. As exigências da razão que esse processo democrático põe em primeiro plano asseguram, por sua vez, a liberdade, porque traduzem um interesse comum que transcende os interesses particulares e parciais de grupos e indivíduos¹¹²² e, assim, “se conecta naturalmente com a ideia tradicional de um bem comum”¹¹²³. Por fim, não deixam os contemporâneos expoentes do republicanismo de destacar a relevância da virtude cívica para a estabilidade da república e a preservação da liberdade. Os cidadãos devem ter uma disposição a agir para o bem comum, e essa disposição deve ser estimulada pelas leis, para que a comunidade

¹¹²⁰ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 39/40; Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 09, 27-30 e 47-54.

¹¹²¹ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 185-205

¹¹²² Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 292-7.

¹¹²³ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 287.

não caia em servidão ou sob o domínio sectário de uma parte dos seus membros¹¹²⁴. A isso devem ser ainda acrescentados mecanismos que assegurem a condução ao governo dos cidadãos mais virtuosos¹¹²⁵, e, para que não restem dúvidas acerca de quem são os virtuosos, Pettit relembra James Madison: “The aim of every political constitution is, or ought to be, first to obtain for rulers men who possess most wisdom to discern, and most virtue to pursue, the common good of the society; and in the next place, to take the most effectual precautions for keeping them virtuous whilst they continue to hold their public trust” (*The Federalist*, nº 57)¹¹²⁶.

Apesar dessa dessas remissões ao bem comum e à virtude, o republicanismo contemporâneo quer apresentar-se como uma alternativa ao comunitarismo. Proclama a sua abertura ao pluralismo e se diz capaz de comandar a lealdade de cidadãos de sociedades multiculturais, independentemente das suas particulares concepções do bem. A abertura da comunidade política para as exigências de um bem comum em que se veja realizada a liberdade republicana como não-dominação não pressupõe nenhum consenso comunitário acerca dos interesses e das ideias que devam porventura prevalecer, precisamente porque deve a comunidade se *manter aberta*, mediante a institucionalização de meios de participação e deliberação que permitam uma contínua reinterpretação do que a liberdade requer¹¹²⁷. Os republicanos, diz Viroli, não temem o confronto argumentativo, valorizam a oposição retórica e não perdem tempo fantasiando com leis consensuais aprovadas unanimemente por cidadãos virtuosos orientados por uma mesma concepção do bem. Uma república construída sobre uma particular concepção do que é uma vida boa não será para todos e conseqüentemente não será justa. O que importa, portanto, é que sejam assegurados aqueles arranjos institucionais e aqueles limites normativos que favorecem a consideração do interesse de todos e inibem o sectarismo e o domínio faccioso¹¹²⁸. As deliberações não pressupõem nenhuma compreensão compartilhada do bem nem resultam em uma vontade ou em um juízo cuja racionalidade tenha que ser pressuposta em razão do procedimento

¹¹²⁴ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 241 e ss.; Skinner, *Liberty before liberalism*, op. cit., pp. 36-44 e 95-7; Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 12-8, 69 e 72.

¹¹²⁵ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 213-4; Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 11 e 66.

¹¹²⁶ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 221.

¹¹²⁷ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 96/7 e 147/7.

¹¹²⁸ Viroli, *Republicanism*, op. cit., pp. 54/5, 64-6 e 97 e ss.

que se tenha adotado. O regime republicano contém um elemento democrático, mas não sobrevaloriza as vantagens da participação democrática. Por isso se mantém preso à ideia aristotélica e à prática romana do regime misto, e com todas as variações que isso admite reafirma o seu compromisso com o bem comum e a liberdade, como faz Pettit quando propõe uma democracia bidimensional em que os cidadãos escolhem os seus representantes, mas dispõem também de meios de contestação que permitem colocar à prova as decisões tomadas e põem em curso um processo de seleção que favorece a sobrevivência dos melhores critérios e o descarte dos que privilegiam certos grupos sociais ou interesses particulares¹¹²⁹.

2.1.d) A democracia discursivo-procedimental de Jürgen Habermas

Habermas não vê como o republicanismo possa ser compatível com o pluralismo das sociedades contemporâneas, pois acredita que na compreensão republicana a política é a forma reflexiva de uma vida ética substancial, e que em um contexto plural a deliberação pública não pode ficar presa a considerações e discursos de caráter ético, na medida em que esses discursos tiram sempre os seus argumentos da eticidade concreta de uma específica comunidade histórica. É também um crítico das concepções políticas liberais, pois entende que o processo democrático não deve ser compreendido como um arranjo de interesses concorrentes, à maneira das interações típicas do mercado, e que a formação da vontade política dos cidadãos vai além da função de assegurar interesses sociais privados contra um aparato estatal que se especializa no emprego administrativo do poder político para fins coletivos¹¹³⁰. A outra problemática de que Habermas se ocupará concerne aos paradigmas do direito correspondentes aos modelos do Estado liberal e do Estado de bem-estar social. Habermas considera que tanto um quanto o outro obscurecem a relação interna entre o constitucionalismo e a democracia e a recíproca pressuposição entre a autonomia privada e a autonomia pública. Além disso, entende que o paradigma jurídico do Estado de bem-estar social tem nocivos efeitos colaterais, pois em realidade acaba por restringir a

¹¹²⁹ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., pp. 292-7; idem, "Democracia y evaluaciones compartidas", tradução de Ernesto Garzón Valdés, *Isonomía* 23 (2005), p. 55.

¹¹³⁰ Jürgen Habermas, "Three normative models of democracy", *The inclusion of the other*, tradução de Ciaran Cronin e Pablo De Greiff, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998, pp. 239/40.

autonomia dos cidadãos¹¹³¹. A resposta de Habermas aos problemas que resultam da sua confrontação com o liberalismo e o republicanismo, por um lado, e com os paradigmas do direito do Estado liberal e do Estado social, por outro, se consubstancia na proposição de um terceiro modelo normativo de democracia e de um novo paradigma do direito.

A construção desse terceiro modelo democrático passa pela assimilação de certas ideias republicanas, a começar pela compreensão de que a formação política da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento não se ajusta à lógica das interações próprias do mercado e assume, portanto, um paradigma diferente, que é o paradigma do *diálogo*. O que Habermas quer dizer com isso é, em suma, que as estruturas daquele processo de formação da opinião e da vontade são as estruturas próprias de uma prática comunicativa orientada a um entendimento intersubjetivo, e não as de uma prática voltada à satisfação de interesses particulares. Essa visão preserva o significado radicalmente democrático de uma sociedade que organiza a si mesma através de uma interação comunicativa entre os seus cidadãos e não vincula os objetivos coletivos a acordos entre interesses privados concorrentes¹¹³². É nisso que consiste, segundo Habermas, a “vantagem” do modelo republicano¹¹³³. E é esta uma vantagem relevante, porque nesses termos podem vir a se estabelecer uma conexão interna entre o Estado de Direito e a democracia e uma recíproca pressuposição entre as autonomias privada e pública.

Habermas não considera, porém, que o republicanismo tenha a solução para o problema daquela conexão e daquela recíproca pressuposição entre Estado de Direito e democracia, entre autonomia privada e pública. Pois se o liberalismo moderno se agarra mais fortemente ao ideal do Estado de Direito e tende a priorizar a autonomia privada, na medida em que consagra certos direitos que protegem a liberdade individual contra a vontade soberana do povo, o republicanismo, por outro

¹¹³¹ Jürgen Habermas, “On the internal relation between the rule of law and democracy”, *The inclusion of the other*, tradução de Ciaran Cronin e Pablo De Greiff, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998, pp. 261/2; idem, “Paradigms of law”, tradução de William Rehg, *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, Michel Rosenfeld & Andrew Arato (ed.), Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1998, p. 17.

¹¹³² Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2000, pp. 94/5 e 343-8.

¹¹³³ Habermas, “Three normative models of democracy”, op. cit., pp. 241-4.

lado, tenderia a dar primazia ao processo democrático e, portanto, à autonomia pública, enquanto faria derivar a legitimidade dos direitos humanos da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma dada comunidade política. Nem Rousseau nem Kant teriam sido inteiramente fiéis à intuição, que Habermas lhes atribui, de que as liberdades individuais não devem nem ser meramente impostas ao legislador soberano como uma barreira externa, nem ser instrumentalizadas como um requisito funcional para propósitos legislativos. Por isso, um e o outro tenderiam, como que a repercutir cada um deles uma das tendências do republicanismo e do liberalismo, a privilegiar a autonomia pública ou a privada, com Rousseau tendendo para o lado republicano, e Kant para o liberal. Habermas proporá então um modelo discursivo de democracia e uma compreensão procedimental do direito capazes de superar de uma só vez o liberalismo e o republicanismo e realizar a intuição que atribui a Rousseau e Kant¹¹³⁴.

A proposta de Habermas terá ainda que ser capaz de nos tirar do dilema a que fomos levados pelo antagonismo entre os paradigmas do “direito formal burguês” e do direito “material” ligado ao Estado social. Ao implementar políticas públicas voltadas à garantia de uma igual fruição da autonomia, o Estado de bem-estar social transformou os cidadãos em clientes de uma administração burocratizada e, com isso, acabou por acumular competências que na prática sacrificaram a autonomia dos indivíduos, além de romperem o equilíbrio sobre o qual se baseia o Estado de Direito, já que as tarefas que assim o Estado tomou para si acabaram por sobrecarregar a justiça e alargar o escopo da atuação judicial¹¹³⁵. Também aqui se coloca o problema da conexão entre as autonomias pública e privada, pois tanto no paradigma do Estado liberal quanto no do Estado social essa relação interna é perdida de vista, e, com ela, perde-se o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Num caso como no outro, os cidadãos são tratados sobretudo como *destinatários* da ordem jurídica. E assim vai sacrificada a sua autonomia, pois só são os cidadãos autônomos enquanto puderem entender-se ao mesmo tempo como *autores* do direito ao qual estão submetidos na

¹¹³⁴ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 164-9; idem, “On the internal relation between the rule of law and democracy”, op. cit., pp. 258/9.

¹¹³⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 319, 499 e 501/2.

condição destinatários¹¹³⁶. Habermas quer que a intenção vetora do Estado social – que é, em síntese, a de “domesticar o sistema econômico capitalista” por uma via capaz de refrear o emprego do poder administrativo e reconectá-lo com o poder comunicativo, imunizando-o ao mesmo tempo contra o poder ilegítimo – prossiga “em um plano superior de reflexão” capaz de realizar o ideal moderno de uma sociedade de cidadãos autônomos, e para isso avança em sua proposta de um direito procedimental adequado aos pressupostos de uma teoria do discurso¹¹³⁷.

Na compreensão da democracia e do direito que desse projeto resulta, não há tensão ou precedência entre o princípio democrático da soberania popular e o princípio constitucional do qual resulta um sistema de direitos. Habermas sustenta que um não é possível sem o outro, mas também que nenhum impõe limites ao outro, assim como a autonomia pública e a autonomia privada exigem-se uma à outra. Os cidadãos só podem fazer um apropriado uso da autonomia pública garantida por direitos políticos se são suficientemente independentes em virtude de uma igualmente protegida autonomia privada na condução das suas vidas. Mas, por outro lado, os membros de uma sociedade só desfrutam em igual medida da autonomia privada, ou seja, as suas igualmente distribuídas liberdades individuais só têm para eles “igual valor”, se como cidadãos podem todos fazer um apropriado uso da sua autonomia política¹¹³⁸. Essa recíproca relação se manifesta através da ideia de que os sujeitos jurídicos só podem ser autônomos na medida em que possam compreender a si mesmos, no exercício dos seus direitos, como autores precisamente daqueles direitos que devam supostamente obedecer na condição de destinatários. O direito moderno é o instrumento que viabiliza aquela autocompreensão, e uma ordem jurídica é legítima precisamente na medida em que assegura a liberdade oferecendo igual proteção à autonomia privada e à autonomia pública e conciliando as exigências do Estado de Direito e da democracia¹¹³⁹. Vejamos então como, na visão de Habermas, uma compreensão discursivo-procedimental do processo democrático e da Constituição contribuiria para isso.

¹¹³⁶ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 186/7 e 490/1; idem, “Paradigms of law”, op. cit., p. 18.

¹¹³⁷ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 69 e 492/3; idem, “Paradigms of law”, op. cit., p. 19.

¹¹³⁸ Jürgen Habermas, “Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?”, tradução de William Rehg, *Political theory* 29 (2001), p. 767; idem, “On the internal relation between the rule of law and democracy”, op. cit., p. 261.

¹¹³⁹ Habermas, “On the internal relation between the rule of law and democracy”, op. cit., p. 25/78.

Num contexto pós-tradicional em que já não teríamos respaldo religioso ou metafísico, e no qual, portanto, já não haveria “nada nem mais alto nem mais profundo a que possamos apelar”, senão apenas uma razão de tipo procedimental, a sociedade deverá estabilizar a validade da sua ordem social e integrar-se em última instância através de uma ação comunicativa orientada ao entendimento¹¹⁴⁰. Não resta então nenhum outro caminho para resolver o problema da legitimidade de uma ordem normativa além da ideia de autolegislação e de uma sua recompreensão nos termos da teoria do discurso capaz de assegurar que o direito mantenha uma conexão interna com a força sociointegradora que tem a ação comunicativa, por sua orientação ao entendimento. Em substituição à generalidade das leis proposta por Rousseau para aliar a razão à vontade e conciliar autonomia pública e privada, Habermas sugere um “sistema de direitos” em que se reúnam as condições formais sob as quais podem institucionalizar-se juridicamente as formas de comunicação necessárias para uma produção de normas politicamente autônoma¹¹⁴¹. Um “princípio do discurso”, por força do qual devem ser consideradas válidas somente aquelas normas às quais todos os afetados poderiam vir a dar o seu assentimento como participantes em um discurso racional – ou seja, de um discurso acerca de pretensões de validade orientado ao entendimento sob condições que possibilitem o livre processamento de temas e contribuições, informações e razões –, se traduz no plano da institucionalização externa em um “princípio democrático” consubstanciado num “sistema de direitos” que consagra um procedimento discursivo de produção de normas jurídicas capaz de desencadear o poder comunicativo e, com isso, dotá-las de legitimidade, dada a conseqüente pressuposição de que por força daquele procedimento podem as normas resultantes encontrar o assentimento de todos os membros de uma comunidade jurídica de cidadãos livres e iguais. Aquelas leis por que se realiza o princípio democrático permanecem sem saturar, ou seja, ficam sujeitos a uma contínua reinterpretação e ao desenvolvimento em um processo participativo de formação legislativa da opinião e da vontade que realiza juridico-institucionalmente o princípio do discurso. Assim a soberania popular e a autonomia

¹¹⁴⁰ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 59, 79/80, 86-8, 95/6.

¹¹⁴¹ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 100/1, 148/9 e 168/9.

pública, de um lado, e os direitos do homem e a autonomia privada, por outro, vão postos em uma relação de pressuposição recíproca¹¹⁴².

Habermas compartilha a intenção liberal de instituir um ambiente político e institucional capaz de se manter neutro relativamente a compreensões do bem e projetos de vida que competem entre si¹¹⁴³, mas não acredita que o caminho para a realização desse ideal seja a pré-determinação de certos princípios de justiça ou o banimento de argumentos éticos ou pragmáticos. Prefere uma institucionalização de formas de comunicação e procedimentos deliberativos que assegurem a autonomia cidadã dando livre trânsito a todos os tipos de discurso, pois assim a soberania popular não vai sacrificada por direitos que se impõem desde fora ao processo democrático, limitando a autonomia pública, ao mesmo tempo em que se estabelecem as condições para uma racionalização discursiva de todos os tipos de argumentos. Habermas acredita, de fato, que o processo democrático deve manter-se aberto às questões ético-políticas que levam implicadas a autocompreensão político-cultural e as tradições de uma comunidade histórica, além de dar curso ao enfrentamento de questões pragmáticas e viabilizar negociações equitativas. Mas não admite, por outro lado, a redução ético-política do discurso político que atribui à tradição republicana, pois defende que uma justificação ou fundamentação suficiente deverá, especialmente em um contexto plural e pós-tradicional, ter em conta o aspecto da justiça, em que se apresenta uma questão moral, a invocar um discurso capaz de mostrar que todos aceitariam a norma resultante em situações análogas. Propõe então um processo democrático orientado pelo princípio do discurso com a convicção de que assim é possível assimilar todos os problemas e submeter a condições de legitimação todos os tipos de argumentação. O princípio do discurso adquire assim um *sentido cognitivo*, por sua capacidade de filtrar quaisquer contribuições argumentativas de modo que os resultados alcançados tenham uma presunção de aceitabilidade racional. Num processo democrático orientado por aquele princípio, considerações de caráter ético e pragmático e também negociações equitativas poderiam ter livre trânsito, pois além do bom e do adequado, a que dizem respeito os argumentos éticos e pragmáticos, entraria também em causa o problema moral daquilo que é justo. Todos os discursos viriam

¹¹⁴² Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 172-7, 187 e 191-4.

¹¹⁴³ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., p. 364.

a ser assim compatibilizados com o que é ou seria suscetível de justificar-se moralmente, e o resultado a esperar seria um direito legítimo¹¹⁴⁴. Dessa forma a teoria discurso romperia com a concepção ética da autonomia cidadã e o processo democrático deixaria de extrair a sua força legitimante de um acordo prévio alcançado no contexto situado de uma comunidade ética particular. As exigências da justiça teriam a primazia relativamente às questões éticas concernentes ao bem e o direito adquiriria uma legitimidade que as pressuposições republicanas e comunitaristas não lhe poderiam conferir¹¹⁴⁵.

Sob todos esses pressupostos, a intuição normativa que, segundo Habermas, está por trás de uma comunidade jurídica auto-organizada, pode ser explicitada assim: uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura igualmente as co-originais autonomias privada e pública dos seus cidadãos; ao mesmo tempo, contudo, essa ordem jurídica *deve* a sua legitimidade às formas de comunicação por que se expressa a autonomia cívica. Isso quer dizer que o direito retira a sua legitimidade de um processo democrático discursivo que garante simultaneamente as condições de emergência da autonomia privada e da autonomia pública, e que, portanto, permite compreender cada ato jurígeno tanto como uma contribuição para uma politicamente autônoma elaboração de direitos fundamentais quanto como um elemento de um processo continuado de elaboração constitucional¹¹⁴⁶. São os próprios cidadãos que, no exercício da sua autonomia pública, vão traçando os limites da autonomia privada, distribuindo direitos e determinando critérios acerca de que casos devem ser tratados como iguais e quais devem ser tratados como

¹¹⁴⁴ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 218-36, 248/9 e 380/1.

¹¹⁴⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 353-60, 372/3 e 386 e ss.; idem, "Three normative models of democracy", op. cit., pp. 244-9. É nesses termos que Habermas compreende também a autonomia do direito: um sistema jurídico só é autônomo na medida em que os procedimentos institucionalizados para a produção legislativa e para a administração da justiça garantam uma formação imparcial da vontade e do juízo e por esta via permitem que penetre, tanto no direito como na política, uma racionalidade procedimental de tipo moral; não pode haver autonomia do direito sem democracia realizada ("Derecho y moral [Tanner Lectures 1986]", *Facticidad y validez...*, op. cit., p. 587). É fundamentalmente por isso que nem mesmo um tribunal constitucional pode, segundo Habermas, buscar o fundamento das suas decisões em "valores": estes são, afinal, apenas preferências intersubjetivamente compartilhadas indicativas do que é bom "para nós" que devem ser submetidos a uma domesticação na esfera legislativa mediante uma estrita primazia de pontos de vista normativos, com a sua exigência de universalização e a sua capacidade de mostrar não simplesmente o que é melhor "para nós", mas o que é bom para todos por igual (*Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 326-34 e 353 e ss.). São essas as premissas que orientam a crítica de Habermas à leitura republicana do constitucionalismo que sugere, por exemplo, Frank Michelman (v., especialmente, Frank I. Michelman, "Law's Republic", *The Yale Law Journal* 97 [1988]).

¹¹⁴⁶ Habermas, "Paradigms of law", op. cit., pp. 19/20; idem, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 491-3.

desiguais¹¹⁴⁷. Habermas pretende então resolver o problema moderno da autolegislação e superar o caráter alegadamente paradoxal da relação entre democracia e constitucionalismo com uma compreensão dinâmica da Constituição, ou seja, com a ideia de que a Constituição é um projeto que torna o ato fundador um processo continuado de elaboração constitucional que continua através das gerações. Nessa compreensão da Constituição, um processo legislativo que não cessa faz avançar o sistema dos direitos interpretando-os e adaptando-os às circunstâncias, numa espécie de processo de aprendizado autocorretivo¹¹⁴⁸.

Vejamos então o que tem Habermas a nos dizer acerca do Estado de Direito, da separação dos poderes e do papel do Poder Judiciário. E sem surpresa constataremos, por todas as premissas já estabelecidas, que esse terceiro modelo de democracia apenas renova o projeto moderno para a juridicidade. O Estado de Direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas e, através do direito, conecta o poder administrativo ao poder comunicativo¹¹⁴⁹. Uma leitura da soberania popular em termos de teoria do discurso implica que todo poder político deva derivar do poder comunicativo dos cidadãos, e isso se faz mediante uma geral subordinação às leis, porque é afinal a legislação que nessa concepção vem chamada a realizar as autonomias pública e privada dos cidadãos. Não existe espaço, então, para um sistema de *checks and balances*. A separação dos poderes é de caráter meramente funcional e tem o propósito de assegurar a *primazia da legislação democrática*¹¹⁵⁰. Nos discursos de aplicação que competem às instâncias judiciais, o problema a resolver é apenas o da norma pressupostamente válida ajustada à situação particular, pois a justiça dispõe ela mesma de poder administrativo para impor as suas decisões e deve, portanto, ficar vinculada ao direito legal vigente para manter-se conectada à fonte da legitimidade, que reside no poder comunicativo dos cidadãos¹¹⁵¹. Nem mesmo a atividade judicial de um tribunal constitucional pode vulnerar aquela “estrutura decisional hierarquicamente articulada” que subordina os discursos de aplicação aos discursos de

¹¹⁴⁷ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 501 e ss. e 525; idem, “On the internal relation between the rule of law and democracy”, op. cit., p. 262-4.

¹¹⁴⁸ Habermas, “Constitutional democracy...”, op. cit., pp. 768 e 774/5

¹¹⁴⁹ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 214-8, 237 e 244-62.

¹¹⁵⁰ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 238-40 e 256.

¹¹⁵¹ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 240-2.

fundamentação e tem por fim assegurar que as razões legitimantes de cada decisão venham “*dadas por acordos ou decisões de uma instância de nível superior*”¹¹⁵². E mesmo que a atividade judicial vá pensada também nos termos da teoria do discurso, colocando a aceitabilidade racional das decisões judiciais na dependência não só da qualidade dos argumentos mas, também, da estrutura do processo argumentativo, o que sobressai da compreensão proposta por Habermas é a exigência de que a atividade judicativa vá buscar a legitimação das suas decisões em elementos que possa tomar dos discursos de fundamentação que cabem exclusivamente ao legislativo. Se ainda isso não for suficiente para dotar de legitimidade democrática as decisões judiciais, resta a possibilidade de buscar essa carga legitimatória adicional obrigando a justiça a dar justificativas perante um foro ampliado de críticos em um espaço público-jurídico que, superando a atual cultura de especialistas, seja suficientemente sensível para converter em foco de controvérsias decisões de princípio que resultem problemáticas¹¹⁵³. Assim realizarse-ia também na esfera judicial um modelo democrático que tira toda presunção de racionalidade de condições de comunicação que operam deliberativamente em todos os níveis¹¹⁵⁴.

Habermas parece então, até aqui, absolutamente comprometido com o seu procedimentalismo discursivo. Mas esse firme compromisso termina por ser atenuado, como que a recuperar a sua ligação com a tradição republicana, quando, além de destacar a necessidade de um esmerado cultivo e de uma cuidadosa proteção de espaços públicos autônomos capazes de mobilizar a participação crítica da opinião pública, passa a destacar a importância da permeabilidade ou porosidade dos procedimentos democráticos institucionais às “correntes de comunicação espontâneas de um espaço público não distorcido por relações de poder”, e acaba exortando os cidadãos a fazer um “uso correto” dos seus direitos de comunicação e participação *orientando-se ao bem comum*, em vez de empregarem as suas liberdades comunicativas para a perseguição de seus próprios interesses¹¹⁵⁵. É certo

¹¹⁵² Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 334/5.

¹¹⁵³ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 297-306 e 525/6.

¹¹⁵⁴ Habermas, “Three normative models of democracy”, op. cit., pp. 245/6.

¹¹⁵⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 527 e ss.; idem, “La soberanía popular como procedimiento [1988]”, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 610/1; idem, “Ciudadanía e identidad

que a abordagem discursiva tem o propósito de introduzir no projeto político em questão um “elemento realista” capaz de deslocar as condições para uma formação racional da opinião e da vontade políticas das motivações e bases de decisão dos grupos e dos atores individuais, para situá-las no nível social dos processos institucionalizados de deliberação e decisão¹¹⁵⁶, mas essa final exortação dirigida aos cidadãos deixa a impressão de que tudo não passa de um insuficiente sucedâneo da virtude, e que não há como disfarçar completamente a necessidade de referência a um bem comum do qual possa a comunidade tirar sentido para a sua prática política¹¹⁵⁷.

2.2. A ordem política

Os principais protagonistas do debate político-filosófico contemporâneo desprezam por completo a relevância político-normativa da tradição jurídica ligada ao paradigma sapiencial do *ius* – aquele que a modernidade abandonou e que, no capítulo anterior, tivemos a preocupação de recuperar. A impressão deixada pela investigação antecedente é a de que desconhecem-na por completo, pois permanecem de tal modo presos à compreensão moderna da juridicidade que não chegam sequer a tematizar a questão da juridicidade, senão para, como é o caso exemplar de Habermas, recuperar e restabelecer as bases do projeto iluminista de uma juridicidade estritamente legal.

A “justiça” de que nos falam os politólogos contemporâneos é uma categoria moral ou política que não guarda relação nenhuma com o direito que a modernidade substituiu pela legalidade. E embora salte aos olhos esse esquecimento político da tradição romana da juridicidade, trataremos já agora especificamente disso, ainda que brevemente, para explicitar a incompatibilidade de pressupostos entre o pensamento político contemporâneo e uma ordem humana em que pudesse vir

nacional [1990]”, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 633/4; idem, “Epílogo a la quarta edición, revisada”, *Facticidad y validez...*, op. cit., p. 660.

¹¹⁵⁶ Habermas, “Epílogo a la quarta edición, revisada”, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 660/1.

¹¹⁵⁷ E assim se vê inteiramente justificado o juízo de Castanheira Neves acerca do procedimental critério de legitimação proposto por Habermas: “o procedimento discursivo-comunicativo ou de razão comunicativa só pode propor-se como *modus* de legitimação na pressuposição de condições axiológicas de projecção normativa que não resultam do procedimento como tal, que são antes um seu *a priori* e em necessária referência ao qual apenas poderá ter sentido e justificação aquela pretensão” (Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., p. 131).

incorporada uma juridicidade autônoma. Logo depois, tentaremos recuperar, em termos sintéticos, certas contribuições do pensamento político clássico de que já nos ocupamos, a fim de revelar algumas fundamentais condições constitutivas de uma ordem política que foram deixadas para trás pelo pensamento político moderno e parecem, agora, estar irremediavelmente esquecidas por seus herdeiros contemporâneos. Esperamos, com isso, estabelecer as bases para uma recompreensão do que seja uma verdadeira ordem política de direito – uma ordem política que não apenas abra espaço para uma juridicidade autônoma, mas também reclame dessa juridicidade e da *praxis* de que depende que venham a ocupar um lugar de destaque entre as suas fundamentais dimensões constitutivas.

2.2.a) O problema do sentido e do lugar da juridicidade no pensamento político contemporâneo

Em Rawls, o substrato fundamental da normatividade começa por ser estabelecido filosoficamente, na forma de certos pré-políticos princípios de justiça que supostamente nos diriam o que é uma sociedade bem ordenada. Tudo o mais – especialmente a ideia de uma posição original sob um véu de ignorância – é pura tentativa de justificação especulativa da ordem que Rawls quer fazer prevalecer no específico contexto político para o qual a teoria foi concebida. Aqueles princípios consubstanciariam então exigências ideais em relação às quais a realidade política histórica ficaria sempre aquém. Mas em sua idealidade impor-se-iam ao processo democrático e deveriam ser assimiladas e traduzidas, prioritariamente, pela legislação. Pelo menos nessa primeira fase, a confiança de Rawls vai fundamentalmente posta na razoabilidade de legisladores comprometidos com os princípios da justiça. Posteriormente, para dar conta do “fato do pluralismo razoável”, Rawls faz retrair os princípios da justiça que anteriormente justificara no plano filosófico e avança a ideia de um *overlapping consensus* a que se poderia chegar mediante certas restrições que dariam sentido à sua compreensão da razão pública. Os princípios da justiça obter-se-iam mediante procedimentos deliberativos orientados por valores políticos presumivelmente endossáveis por todos e dos quais o exercício do poder e os critérios normativos tirariam sua validade, já que sob essas condições seria razoável esperar que viessem a ser aceitos por todos os cidadãos “in the light of their common human reason”. Então o núcleo da normatividade seria

encontrado naquela concepção política que se pode razoavelmente atribuir à “razão comum” e, portanto, à autonomia política dos cidadãos¹¹⁵⁸.

Evidentemente, é isso tudo incompatível com a autonomia intencional do direito. A juridicidade é aqui toda ela referida a concepções políticas, e assim não teríamos outro direito, nas palavras de Castanheira Neves, “senão o que se pudesse pensar como um corolário funcional daquela totalizante justiça política”¹¹⁵⁹. Não existe nenhum espaço para a emergência de uma normatividade cuja autoridade vem de uma prática prudencial especializada orientada ao justo concreto, ou seja, para uma justiça estritamente jurídica. Rawls nos diz expressamente que o papel da Suprema Corte é decidir as “mais fundamentais questões políticas”, tomar decisões autoritativas acerca das “questões políticas fundamentais”, e não faz nenhuma ressalva quanto às instâncias judiciais extraordinárias¹¹⁶⁰. Parece-nos, ademais, não carecer de ulterior demonstração, por tudo que já foi dito nos capítulos anteriores, que quaisquer teorias políticas que compartilhem a índole e os pressupostos da filosofia política moderna – e é este, certamente, o caso da teoria da justiça e do liberalismo político de Rawls – tenderão, de fato, a considerar autoritária, fantasiosa e incompatível com a igualdade e o “fato do pluralismo” uma compreensão da ordem jurídica que a vê emergir de um tratamento especializado de casos concretos, e que ainda por cima atribui a validade dos critérios jurídicos à sua capacidade de ir dando conta de problemas prático-normativos concretos no contexto de uma atividade judicativa qualificada por uma prudencial orientação ao justo concreto. Pode até haver ainda algum lugar para uma juridicidade assim num liberalismo de diversa índole, como aquele que nos apresentam, por exemplo, Hayek e Bruno Leoni, dos quais falaremos mais à frente. Mas quem se debruça sobre teorias como as de Rawls fica com a impressão de que a história já deixou para trás o debate entre

¹¹⁵⁸ “The full significance of a constructivist political conception lies in its connection with the fact of reasonable pluralism and the need for a democratic society to secure the possibility of an overlapping consensus on its fundamental political values. The reason such a conception may be the focus of an overlapping consensus of comprehensive doctrines is that it develops the principles of justice from public and shared ideas of society as a fair system of cooperation and as citizens as free and equal by using the principles of their common practical reason. In honoring those principles of justice citizens show themselves autonomous, politically speaking, and thus in a way compatible with their reasonable comprehensive doctrines” (Rawls, *Political liberalism [Expanded Edition]*, op. cit., p. 90).

¹¹⁵⁹ Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., p. 90.

¹¹⁶⁰ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 237.

Hobbes e os *common lawyers* e fez passar em julgado um veredito definitivo em desfavor da tradição sapiencial do *ius*.

A reação comunitarista e a moderação do republicanismo já não são, contudo, tão peremptórias. Ao valorizarem formas de associação e espaços comunitários em que o que é bom e justo possa ser livremente debatido, os comunitaristas estabelecem um importante contraponto à pretensão do teórico político racionalista que pretende definir de uma vez por todas os princípios da justiça ou a estrutura da sociedade. Ao resistirem ao banimento público das questões éticas, contribuem para a preservação de uma dimensão insuperável da nossa humana orientação ao bem, que é aquela dimensão da nossa personalidade que nos move a estar com os outros e nessa relação engajar a nossa humanidade, perguntando-nos e decidindo juntos o que é bom para nós. Dão ao debate e à deliberação a sua devida relevância, quando sustentam que é no encontro de visões parciais que somos despertados para o que é realmente bom. E tanto comunitaristas quanto republicanos compartilham uma vital preocupação com o crescente fenômeno da concentração e da burocratização do poder. Ao que os adeptos do republicanismo clássico acrescentarão uma desconfiança inteiramente fundada relativamente à suficiência dos procedimentos democráticos para a garantia da liberdade, pois preservaram algo que gregos e romanos já sabiam muito bem: a democracia degenera facilmente e precisa ser moderada para que à maioria não seja franqueada a opressão da minoria e, no extremo, não se transforme em tirania pelas mãos de um demagogo¹¹⁶¹. Essa percepção milita em favor do império do direito, da dispersão do poder e de arranjos institucionais que favorecem a manutenção da liberdade e a orientação ao bem comum. Parece então haver aí melhores condições para a assimilação de uma ordem espontânea de validade material que vai sendo forjada no debate de casos concretos e em resposta à pergunta que cada um suscita a respeito do que é concretamente justo quando cidadãos entram em conflito. A institucionalização dessa atividade poderia delimitar uma daquelas autônomas “esferas da justiça” de que nos fala Walzer e privilegiar uma prática comunitária em que cidadãos se engajam no debate das questões de

¹¹⁶¹ Platão deu a esse risco um tratamento especulativo que conserva a sua relevância (*República*, VIII, 555b e ss.). E se trata de um risco real que o mundo antigo viu se concretizar mais de uma vez, como demonstrou Lord Acton em seu percurso histórico por Atenas e Roma (“The history of freedom in antiquity”, *Essays on freedom and power*, London, Thames and Hudson, 1956, pp. 58-66).

justiça em que se veem diretamente envolvidos. Nisso poderiam comunitaristas e republicanos ver a oportunidade para a emergência e a estabilização de uma normatividade não estatal de índole comunitária em que uma autocompreensão ética da comunidade viria traduzida e afirmada contra o puro poder e o sectarismo. Em vez disso, os comunitaristas tendem a repudiar a prática judicativa institucionalizada de que estão encarregados os juízes e tribunais de justiça. Têm razão quando denunciam como um problema o deslocamento para o âmbito judiciário da discussão de quase todas as questões comunitárias relevantes, mas por conta disso deixam de ver que as contribuições que uma justiça comprometida com aquela que é a sua específica vocação poderia dar para a estabilização de uma saudável ordem comunitária. E embora MacIntyre insista na velha lição de que uma adequada aplicação da lei supõe a virtude da justiça¹¹⁶², não tira disso nenhuma implicação institucional que favoreça a proteção de um domínio especializado na prático-judicativa realização do direito, pois a prevenção que demonstra em relação aos juristas permite supor que não acredita que a jurisdição constitua, pelo menos no contexto das democracias contemporâneas, uma atividade propícia ao florescimento da virtude da justiça e à formação de um ambiente comunitário orientado à realização de qualquer forma de bem. Pelo contrário, MacIntyre sustenta, e não deixa de ter nisso certa razão, que a contemporânea linguagem dos direitos não pode dar expressão aos valores que informam aquelas “ongoing argumentative conversations” através das quais membros de comunidades locais tentam realizar o seu bem¹¹⁶³. Toda a sua confiança é posta naqueles espaços comunitários locais em que as “pessoas comuns” se engajam em uma variedade de atividades não-oficiais protegidas do Estado¹¹⁶⁴.

Do lado dos republicanos, é muito promissora a proposta por Pettit de uma democracia contestatória que tenha dentre os seus efeitos a criação de um “testing environment of selection for the laws”, ainda mais quando, para destacar a índole republicana da compreensão da liberdade de Hayek, qualifica um direito jurisprudencial como é o caso do *common law* como uma “instituição tradicional não-

¹¹⁶² MacIntyre, *After virtue*, op. cit., p. 152.

¹¹⁶³ Alasdair MacIntyre, “Toleration and the goods of conflict”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 210-3.

¹¹⁶⁴ Alasdair MacIntyre, “*After virtue* after a quarter of a century”, *After virtue*, 3ª ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, p. XV.

dominadora”¹¹⁶⁵. De todo modo, a ênfase na ideia de autogoverno representativo, a influência do republicanismo moderno e um aparente desconhecimento do valor e da índole do direito jurisprudencial parecem privilegiar nos contemporâneos expoentes do republicanismo uma assimilação da juridicidade à legalidade por força da qual o império do direito adquire o sentido de um governo *das leis*, e não de uma juridicidade que ultrapassa a mera legalidade. Mesmo que de fato tenha havido um momento do pensamento republicano em que a compreensão do bem comum tenha se ligado à justiça tipicamente jurídica do *ius romano*¹¹⁶⁶, acabou por prevalecer a ideia de que a liberdade e o bem comum são assegurados quando todos os cidadãos são iguais perante a lei e o sistema de governo é eletivo¹¹⁶⁷.

O que dizer, por fim, da democracia discursivo-procedimental de Habermas? Em primeiro lugar, o essencial: que em Habermas a razão prática deixa de ser referida a uma validade, no sentido em que a entendemos quando caracterizamos a juridicidade, porque, na forma agora de uma “razão comunicativa” de índole discursivo-procedimental, tem precisamente o papel de legitimar juízos normativos quando já não há lugar para qualquer remissão a qualquer validade material¹¹⁶⁸. A saída procedimental é tudo que resta para conectar as normas e os juízos normativos à única fonte de legitimação a que se pode recorrer num contexto “pós-metafísico” e “pós-convencional”. Referimo-nos, evidentemente, àquela “autonomia” que a partir da modernidade vai assumida à maneira de um sucedâneo daquela parcela da realidade para a qual teríamos nos fechado irremediavelmente e sem a qual acabamos por ser jogados num mundo vazio de sentido em que já não há nada mais aquém ou além de nós mesmos. E a solução será a que já conhecíamos antes de Habermas: toda normatividade virá a ser agora deliberadamente produzida por nós e, se isso se fizer em observância a um princípio democrático ao qual se incorporem as exigências do princípio do discurso, se consubstanciará em um sistema de leis legítimas. O direito se dissolve então em uma legalidade que não

¹¹⁶⁵ Pettit, *Republicanism...*, op. cit., p. 89.

¹¹⁶⁶ Quentin Skinner, “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”, *Machiavelli and republicanism*, Gisela Bock, Quentin Skinner & Maurizio Viroli (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 131.

¹¹⁶⁷ Skinner, “Machiavelli’s *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”, op. cit., pp. 133/4 e 139/40.

¹¹⁶⁸ Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 116-21.

encontra nenhuma normatividade para além dela¹¹⁶⁹. Que não possa diante disso pensar-se o direito nos termos em que vínhamos fazendo é algo evidente. Uma racionalidade prática em que exigências de justiça possam ir-se concretamente revelando e normativamente densificando é algo que vai muito além de uma racionalidade discursivo-procedimental, e esse caminho já não nos é franqueado, segundo pensam Habermas e, com ele, a maioria dos pensadores políticos contemporâneos. Nem poderia, de novo, qualquer normatividade emergir de uma prática especializada voltada à solução judicativa de problemas concretos, pois para que os critérios jurídicos adquirissem legitimidade teriam que provir de uma instância democrática em que pudesse a totalidade dos cidadãos formar a sua opinião e a sua vontade com toda autonomia, e certamente não é isso que se passa no contexto da prática jurídica e dela nenhuma juridicidade poderia, portanto, retirar a sua legitimidade.

Como se vê, ou a política vai inteiramente repensada a partir de pressupostos diferentes, ou a compreensão do direito que vimos tentando recuperar será irremediavelmente esquecida, excluindo-se qualquer chance de articulação entre o jurídico e o político, cada um na sua autonomia, e qualquer consideração da jurisdição que seja ao mesmo tempo adequada àquela compreensão e assimilável pela ordem política. Felizmente, temos aqueles necessários pressupostos todos à disposição, e deles resulta não só uma ordem política em que a juridicidade pode acomodar-se, mas, além disso, uma ordem de estatura superior em que a política recupera toda a sua dignidade e ainda incorpora como uma sua fundamental dimensão constitutiva um direito autônomo ao qual não podemos e não devemos renunciar. Vamos nesse sentido adiante, mas, novamente, para uma volta à tradição.

2.2.b) As constitutivas condições normativas para a estabilização histórica de uma ordem autenticamente política

Em *A theory of justice*, a sociedade é posta por Rawls sob exigências deontológicas definitivamente estabelecidas por uma teoria política orientada pelo

¹¹⁶⁹ Para uma apreciação crítica completa e, em nosso modo de ver, conclusiva, v. Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 127-38.

pressuposto de que o único critério de validade disponível é a aceitabilidade hipotética de certos princípios por indivíduos racionais e razoáveis postos em condições de igualdade. Para que sob esse pressuposto sejam definidos os princípios da justiça, é preciso excluir qualquer consideração sobre o bem, pois só um deliberado rebaixamento dos *standards*, obtido mediante uma circunscrição ao interesse e um artificial fechamento para o problema do bem, é possível identificar princípios suscetíveis de uma hipotética aceitação universal. É isso que faz o estado de natureza da filosofia política moderna, e é o mesmo que faz a posição original de Rawls: indivíduos despidos daquilo que temos de mais humano, que é uma axiológico-normativa orientação ao bem e uma capacidade inquisitiva que nos permite, com todas as nossas naturais limitações, elucidar teórica e deliberativamente aquilo que é bom e orientar nesse sentido a nossa *praxis*, voltam-se para dentro de si mesmos, identificam aquilo que melhor serve aos seus interesses e tiram daí as implicações normativas necessárias para a vida social¹¹⁷⁰. Suprimindo esse substrato axiológico da realidade e fechando-nos artificialmente sobre nós mesmos, acabamos por nos equalizar e podemos até, hipoteticamente, concordar acerca de certos princípios fundamentais que o são apenas no sentido de serem *básicos*, ou seja, de estabelecerem um mínimo normativo para a satisfação apenas daqueles interesses que todos nós temos e mais facilmente reconhecemos. Mas para que a fidelidade a esses princípios subsista, Rawls acaba por porpor uma solução diferente da que propôs a filosofia política moderna: em vez de entregar a uma autoridade soberana a decisão do que é praticamente bom e normativamente

¹¹⁷⁰ Esse rebaixamento se torna possível quando o bem deixa de ser aquilo a que nos orientamos e se limita à capacidade de escolhermos os nossos fins. Já não nos orientamos aos mesmos bens nem concordamos acerca de quais são os bens a que devemos nos orientar. Nada disso temos em comum. Mas temos em comum a capacidade de escolher os nossos fins – isso para Rawls é ser racional –, e se existe, portanto, um bem por trás da teoria, é a possibilidade de escolha dos nossos fins: “what is most essential to our personhood is not the ends we choose but our capacity to choose them. And this capacity is located in a self which must be prior to the end it chooses” (Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., p. 19). Os “bens” que em tais circunstâncias serão admitidos como parte da teoria são, então, apenas certos bens “primários” que servem instrumentalmente à realização dos fins que cada um escolhe para si. Só o que temos em comum é a capacidade de escolher os nossos fins e de nos orientar racionalmente a eles, ou seja, de ordenar certos meios à sua eficaz realização: “The aim of the original position is to provide a means of deriving principles of justice that abstracts from contingent and therefore morally irrelevant social and natural influences – this is the Kantian aspiration – without having to rely on a noumenal realm or on the notion of a transcendent subject wholly beyond experience. Rawls’ solution is to restrict the description of the parties in the original position to those characteristics which all human beings share as free and equal rational beings. Roughly speaking, these are that each is a being who chooses his ends and who values certain primary goods as instrumental to their realization, whatever those ends might be. These features are assumed to be common to all human beings as such, and are in this sense non-contingent” (idem, *ibidem*, p. 39).

devido, assimilando o que é bom e devido ao que foi decidido (*auctoritas, non veritas facit legem*), erradica do debate público o problema do bem e exclui que as decisões de índole normativa sejam orientadas por qualquer “concepção” acerca do que é bom. Desse ponto de vista, o liberalismo político que sucedeu a teoria da justiça é apenas mais fiel ao, e se restringe ao que há de mais básico no, projeto político da modernidade. O perigo de divergências fundamentais é ainda mais reduzido mediante uma renúncia à fixação mesmo daqueles princípios que seria possível obter mediante um rebaixamento dos *standards* e um fechamento sobre nós mesmos. Afinal parece que não há como conseguir isso, mas apenas conter o seu nocivo potencial disruptivo. Então sob o dogma democrático de que somos já livres e iguais, o melhor parece ser apenas restringir o debate público de tal modo que nós possamos decidir as coisas juntos sem virmos a ser irremediavelmente divididos por nossas diferenças e por nossas incompatíveis compreensões do bem¹¹⁷¹. Com isso poderemos eventualmente até trazer ao debate essas nossas diversas concepções, mas desde que elas não sejam tais nem de tal forma apresentadas que comprometam a segurança e a equalização supostamente proporcionadas desde o alvorecer da modernidade pelo banimento da verdade acerca do que é bom e verdadeiramente justo. Podemos discutir a que concepção política daremos a nossa adesão, desde que se trate de uma concepção *meramente política*, ou seja, de uma concepção que desde a partida incorpore os dogmas democráticos da autonomia liberal e da igualdade política e esteja protegida de qualquer confrontação com a verdade. Então na original teoria da justiça de Rawls os princípios da ordem estavam já definidos, incorporando de uma vez por todas as orientações de um liberalismo igualitarista consubstanciado na realidade contingente do moderno *welfare state*, ao passo que no seu liberalismo político esses princípios poderiam já até ser discutidos e deliberativamente estabelecidos, mas sob a condição de que ninguém viesse ao debate sem o compromisso de se abster de perturbar os pressupostos igualitaristas da ordem democrática com invocações de alguma transcendente validade ou de qualquer ordem normativamente superior. Embora a partir daí a sociedade pudesse por si mesma dar conteúdo à sua concepção política, em vez de entronizar uma concepção proposta por um particular filósofo, teria aquela concepção de incorporar,

¹¹⁷¹ “As I have emphasized throughout, the priority of right does not mean that ideas of the good must be avoided; that is impossible. Rather, it means that the ideas used must be political ideas: they must be tailored to meet the restrictions imposed by the political conception of justice and fit into the space it allows” (Rawls, *Political liberalism [Expanded Edition]*, op. cit., p. 203).

como esta já havia pretendido assimilar, o pressuposto democrático de que a sociedade não é governada por bem nenhum nem deve a bem nenhum orientar-se nem ser conseqüentemente governada por quem quer que pretenda exercer qualquer autoridade sob a alegação de que teria uma especial capacidade de discernir o que é bom e de ao bem orientar a comunidade. O bem, conforme sublinhou MacIntyre, passa a ser um problema privado, e a estrutura da sociedade deve ser tal que cada um possa perseguir o seu próprio bem conforme venha a concebê-lo. O domínio do político deve ser firmemente protegido de quaisquer pretensões formuladas por referência a qualquer compreensão do bem e não há, então, chance alguma de atribuir autoridade às virtudes em geral e à prudência em particular. E tanto é assim que na teoria da justiça o filósofo que estabelece os princípios da justiça não arroga para si o direito de governar e, no liberalismo político, nem mesmo a Suprema Corte, cuja prática é exemplar das exigências da razão pública, retira a sua autoridade de um qualquer saber – até porque, restringir-se às exigências da razão pública é o mesmo que limitar aquilo que se pode saber e renunciar a qualquer invocação de um saber como fundamento para decidir.

Essa nova “filosofia política” pressupõe, então, o que seja uma “sociedade democrática constitucional”, e subordina tudo mais a isso, como comprova a ideia de que a sua estrutura básica deva resultar de um consenso entre doutrinas que suportam concepções políticas subjacentes a uma sociedade democrática constitucional cujos princípios, ideias e *standards* satisfaçam o critério da reciprocidade. São essas as “doutrinas razoáveis”, e são elas razoáveis porque aceitam os pressupostos do liberalismo político. As demais não podem ser consideradas razoáveis: “political liberalism rejects as unreasonable all such doctrines”¹¹⁷². E se uma doutrina compreensiva é nesse sentido não razoável, isso exclui que seja verdadeira? E se for verdadeira, então o liberalismo político é falso? A saída liberal para essas perguntas é excluir a possibilidade do questionamento. O que Rawls quer é estabelecer a estrutura de uma sociedade compatível com o “fato do pluralismo”, mas o caminho para isso é a exclusão do problema da veracidade das doutrinas compreensivas. Essa estratégica exclusão não é possível, contudo, sem que vá aí implícita ou inadvertidamente aceita a veracidade, quanto às suas implicações políticas, das doutrinas compreensivas que são aos olhos do liberalismo

¹¹⁷² Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 482-4.

político razoáveis, e, por outro lado, a falsidade por pressuposição das doutrinas compreensivas incompatíveis com o liberalismo político. Pois, como é evidente, se uma doutrina compreensiva for porventura verdadeira, mas incompatível com o liberalismo político de Rawls, então esse liberalismo será falso. Isso é uma decorrência do modo como o problema é posto e da resposta sugerida. Rawls pergunta: “Can democracy and comprehensive doctrines, religious or non religious, be compatible?”¹¹⁷³. A resposta que propõe é: sim, desde que as doutrinas compreensivas que não corroborem as ideias básicas do liberalismo político, aquelas que não permitam um equilíbrio razoável entre valores estritamente políticos, sejam caladas e privadas de participar do debate público¹¹⁷⁴. Então a pretexto de ajustar a ordem da sociedade ao “fato do pluralismo” o que resulta é, em verdade, uma nova forma de tirania. Uma sociedade bem ordenada é aquela em que os cidadãos afirmam e subscrevem a mesma não-compreensiva concepção política e são orientados pelos seus princípios de justiça¹¹⁷⁵. Quem vier porventura a defender que o debate público deva ser aberto a questões concernentes ao bem e à verdade, e ainda por cima trazer à discussão de questões públicas argumentos que não se possam sustentar sem referência a alguma ideia acerca do bem, estará atentando contra a ordem da sociedade e se opondo ao “fato do pluralismo”, com o que virá justificada a exclusão desses argumentos, pois conforme à concepção liberal terão de ser considerados “não razoáveis”.

No outro espectro dessa discussão, mas a dar, no extremo, ensejo a problemas práticos semelhantes, alguns comunitaristas sonham com uma comunidade em que sejam todos os cidadãos e as deliberações públicas orientados por uma mesma compreensão do bem. Essa é não apenas uma expectativa ingênua, mas também, e fundamentalmente, uma compreensão equivocada do que seja uma comunidade política, decorrente do esquecimento daquilo que é constitutivo da nossa humanidade. A amizade cívica nos compromete com o bem comum, e isso é de fato constitutivo de uma comunidade política, como sustenta

¹¹⁷³ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., p. 485.

¹¹⁷⁴ Não custa lembrar o exemplo através do qual o próprio Rawls denuncia essa índole do liberalismo político contemporâneo. Ao referir-se ao debate relativo ao aborto, sustenta que os valores políticos relevantes atribuiriam à mulher o direito à interrupção da gravidez no primeiro trimestre e assevera que iríamos contra o ideal da razão pública se decidíssemos a partir de uma doutrina compreensiva “que negasse esse direito” (*Political liberalism [Expanded Edition]*, op. cit., pp. 243/4, n. 32).

¹¹⁷⁵ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 35 e 201/2.

MacIntyre por referência a Aristóteles¹¹⁷⁶. Mas não há aí nenhuma exigência de que tenhamos de partir de uma compreensão compartilhada acerca do que seja uma vida boa e de quais sejam as demandas mais gerais da justiça ou do bem comum. Nem nos parece, mesmo de um ponto de vista aristotélico, que devam ser consideradas assim tão “ameaçadoras” as consequências da impossibilidade, em nossa cultura, de um “acordo prévio” quanto às nossas normas e às virtudes correspondentes¹¹⁷⁷. Cada um de nós é absolutamente único, e a comunidade política é o espaço da liberdade e dessa nossa pluralidade em que tudo se decide por meio de uma capacidade que, apesar da nossa singularidade, nos iguala: a nossa comum aptidão para o discurso e a persuasão. Numa comunidade assim, a pessoa pode viver entre iguais como um ser distinto e singular. Como já havia sustentado Aristóteles em objeção a Platão¹¹⁷⁸, a dissolução da personalidade na unidade de uma coletividade dotada de uma única vontade, em que se manifeste uma única concepção, é antipolítica, e, portanto, qualquer tentativa de eliminar a pluralidade equivale à própria supressão da esfera pública¹¹⁷⁹.

Então está mais próxima da verdade a mais moderada crítica ao liberalismo que encontramos nas últimas obras de MacIntyre. Embora perdue a ideia de que no contexto de uma comunidade é preciso algum acordo acerca dos bens e da sua hierarquia, para que a deliberação racional acerca das questões morais e políticas encontre um referencial suficiente, essa exigência já não é considerada incompatível com abrangentes e significativos desacordos¹¹⁸⁰. O problema das sociedades liberais contemporâneas não está tanto no desacordo, mas no seu empenho em banir do discurso público a questão do que é bom para nós e na sua tendência a promover um tipo de ordem institucional refratária à construção e à manutenção de relações comunais em que o debate acerca do bem possa florescer e as virtudes encontrem um lugar¹¹⁸¹. O próprio comunitarismo que se atribui a MacIntyre virá a ser por ele rejeitado, pois a comunidade passa, se não nos equivocamos, a ser

¹¹⁷⁶ MacIntyre, *After virtue*, op. cit., pp. 155/6.

¹¹⁷⁷ MacIntyre, *After virtue*, op. cit., p. 244.

¹¹⁷⁸ Aristóteles, *Política*, II, 2-5, 1261a9 e ss.

¹¹⁷⁹ Hannah Arendt, *A condição humana*, tradução de Roberto Raposo, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 16, 33-6, 40, 188/9, 191, 211 e 226-33.

¹¹⁸⁰ MacIntyre, “Rival Aristotles: Aristotle against some modern Aristotelians”, op. cit., pp. 38/9.

¹¹⁸¹ MacIntyre, “*After virtue* after a quarter of a century”, op. cit. pp. XIV/XV.

apropriadamente compreendida como um ambiente que propicia uma prática deliberativa e, por conta de eventuais desacordos fundamentais, um engajamento teórico em que, eventualmente até num “diálogo entre tradições”, o desacordo pode ser superado e o bem revelado – um ambiente, portanto, em que o homem descobre que a verdade é uma parte constitutiva do seu bem e, superando os seus interesses privados, desenvolve a sua racionalidade e realiza um bem que transcende a própria comunidade¹¹⁸². A objeção ao liberalismo é agora mais precisa e vai no sentido de que, por mais profundo que seja o desacordo, o debate acerca do bem comum é da própria natureza da prática de uma comunidade participativa. Ocorre que as formas dominantes de organização da vida social contemporânea militam contra o surgimento de arenas institucionais propícias àquele debate e, conseqüentemente, contra o desenvolvimento de virtudes e arranjos necessários ao florescimento de práticas capazes de submeter nossos juízos ao diálogo sistemático e ao escrutínio crítico dos outros, com o que nos vemos privados da oportunidade de reconhecer e transcender os limites da nossa ordem social e cultural¹¹⁸³. O caminho que por essas razões MacIntyre virá a sugerir, por paradoxal que possa parecer, é praticamente o mesmo que os liberais recomendam: o Estado não deve ser autorizado a impor qualquer particular concepção do bem humano ou identificar uma dessas concepções com os seus interesses e causas. Precisamente porque o Estado não é e não pode ser completamente neutro, não se deve confiar ao aparato estatal a promoção de qualquer relevante conjunto de valores, incluindo os da autonomia e da liberdade. A adoção pelo Estado de um específico ponto de vista acerca do bem humano não é possível sem que vá nisso implicado um risco de que os valores em questão sejam postos a serviço do seu próprio poder político e econômico, com o que viriam a ser degradados e desacreditados. Então o melhor seria que o Estado se limitasse a assegurar certas liberdades civis e proteger os cidadãos contra uma ampla variedade de danos, preservando-se uma ostensiva neutralidade estatal – e

¹¹⁸² MacIntyre, “Postscript to the Second Edition”, *After virtue*, 3ª ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, pp. 276/7; idem, “*After virtue* after a quarter of a century”, op. cit. pp. XIII-XV; idem, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, op. cit., esp. pp. 426-30; idem, “Natural law as subversive: the case of Aquinas”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 63; idem, “Aquinas and the extent of moral disagreement”, op. cit., pp. 72-82; idem, “Some Enlightenment projects reconsidered”, op. cit., pp. 176/7; idem, “Toleration and the goods of conflict”, op. cit., p. 207

¹¹⁸³ MacIntyre, “Three perspectives on Marxism: 1953, 1968, 1996”, op. cit., pp. 153/4; idem, “Some Enlightenment projects reconsidered”, op. cit., p. 185; idem, “Social structures and their threats to moral agency”, *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 190-203.

isso ainda que saibamos que essa neutralidade é uma ficção, por tratar-se, afinal, de “uma importante ficção”¹¹⁸⁴ –, pois só assim podem ser preservados aqueles espaços autônomos e aquelas práticas comunitárias em que o problema do nosso bem pode ser livremente tematizado e a nossa natureza pode se realizar¹¹⁸⁵.

Certamente o Estado deve preservar a autonomia de comunidades e associações locais em que os cidadãos possam se engajar nas mais variadas práticas e nas quais possam buscar e encontrar a sua realização. Mas não acreditamos que o debate acerca do que é bom para nós deva ficar circunscrito a esses espaços. Porque só no âmbito da comunidade política podemos nós os cidadãos tematizar e decidir o que é melhor para nós *enquanto cidadãos*, e portanto quais são as exigências do bem comum político, ou seja, do *nosso* bem e do bem da *nossa* comunidade. O discurso político é, precisamente, aquele em que se cruza uma pluralidade de visões acerca do que é bom *para nós*. E é esse, precisamente, o tema do debate político. Não há como ser diferente, porque, de um lado, a vida comunitária necessariamente coloca o problema do que é bom para nós, e, de outro, somos seres naturalmente abertos ao bom e ao justo e só realizamos a nossa humanidade nessa nossa capacidade de transcender a necessidade, o interesse, o apetite, nos perguntando pelo que é bom e pelo que é justo e deixando-nos orientar pelas respostas que circunstancialmente logramos alcançar. O homem, enquanto pessoa, é um “ser de essência e intenção éticas” que, portanto, só pode ser verdadeiramente pessoa numa comunidade de pessoas¹¹⁸⁶. Tem toda razão Paul Rahe quando conclui que, a despeito de todos os esforços dos filósofos políticos modernos, o homem permanece inelutavelmente o que os gregos consideravam-no ser por natureza: um animal político que nas deliberações públicas levam-no inevitavelmente a uma preocupação com o justo e com o bom¹¹⁸⁷. Temos que concordar, portanto, com Habermas, quando em oposição aos liberais abre o debate político para o problema do que é bom para nós e, como na tradição do republicanismo, propõe uma prática discursiva que estimula a superação de visões

¹¹⁸⁴ MacIntyre, “Toleration and the goods of conflict”, op. cit., pp. 213/4.

¹¹⁸⁵ Aasdair MacIntyre, “Theories of natural law in the culture of advanced modernity”, *Common truths. New perspectives on natural law*, Edward B. McLean (ed.), Wilmington, ISI, 2004, 109/10.

¹¹⁸⁶ Castanheira Neves, “O papel do jurista no nosso tempo”, op. cit., pp. 38/9.

¹¹⁸⁷ Paul A. Rahe, *Republics ancient and modern*, v. 3: *Inventions of prudence: constituting the American regime*, Chapel Hill/London, The University of North Carolina Press, 1994, p. 230.

parciais, imunizando a prática comunitária, na medida do possível, contra as injunções dos interesses particulares. Só que não podemos com ele concordar, por outro lado, quando propõe que a formação da opinião e da vontade políticas deva transcender o problema do que é bom para nós ou quando faz referir a validade à autonomia que o procedimento discursivo teria por fim realizar. Como veremos ao tratar da questão da intencionalidade da prática política e do sentido do bem comum político, a pessoa ultrapassa o cidadão e se abre para uma realidade que transcende a realidade comunitária, razão pela qual o debate e as decisões políticas devem se restringir ao que é bom para nós *enquanto cidadãos*, pois é apenas acerca disso que cabe à comunidade política decidir. E pela mesma razão não pode a validade circunscrever-se à observância de exigências discursivo-procedimentais. Para nos valermos de uma categoria de Rawls, não podemos nem devemos evitar que as nossas “doutrinas compreensivas”, ou seja, que as nossas mais ou menos articuladas compreensões daquilo que são as verdadeiras exigências do bem comum e da justiça, permeiem o debate político e orientem as nossas deliberações, pois é assim que a ordem política se abre para uma validade que remete a um fundamento que está para além dela e submete as nossas tradições e idiosincrasias ao teste da crítica. De todo modo, mesmo essa nossa ligação a uma realidade que transcende a comunidade e a permeabilidade da ordem política às exigências de uma validade que se descortina em abertura para aquela realidade transcendente não garantem que as nossas instituições e nossos critérios normativos serão adequados às exigências da justiça e do bem comum. Nenhuma ordem humana será jamais inteiramente ajustada à verdade ou perfeitamente adequada às exigências de qualquer “doutrina compreensiva”, pois nenhuma doutrina pode conter toda a verdade e, mais difícil ainda do que aproximar-se teoreticamente da verdade, é ajustar a ordem da sociedade às exigências de qualquer “compreensiva” formulação teórica. A ordem empírica da sociedade é resistente e sempre fica aquém da “verdadeira ordem substantiva”, e não é possível eliminar essa tensão¹¹⁸⁸. E por mais que seja da nossa natureza nos perguntarmos acerca dos nossos fins últimos, dos nossos valores fundamentais, etc., devemos renunciar a qualquer pretensão de dar a essas questões uma única resposta definitiva que se possa impor como uma solução final para todos os dilemas da

¹¹⁸⁸ Eric Voegelin, “The nature of the law”, *The nature of the law and related legal writings*, Robert Anthony Pascal, James Lee Babin e John William Corrington (ed.), Baton Rouge/London: Louisiana State University Press, 1991, p. 30.

nossa vida comunitária¹¹⁸⁹. Tem razão Rawls ao lembrar que só quando aceitamos que a política nunca pode guiar-se pelo que consideramos toda a verdade podemos viver politicamente com os outros¹¹⁹⁰.

Nas conclusões a que vimos sendo levados por esse debate, parecem, então, corroborarem-se alguns fundamentais pontos de partida que já haviam sido estabelecidos pela filosofia política clássica, e que estão firmemente arraigados na tradição do republicanismo. Não encontraremos uma suficiente explicitação desses pressupostos, contudo, nas mais conhecidas exposições contemporâneas do pensamento republicano, pois nas suas mais recentes formulações o republicanismo foi submetido a uma modernização que suprimiu a antropologia filosófica a partir da qual a tradição construiu o maior acervo de sabedoria política de que se tem notícia. Acreditamos, de fato, que os fundamentos para a compreensão e os caminhos para a estabilização de uma autêntica ordem política estão todos eles à disposição na tradição do republicanismo, mas para que cheguemos com segurança a eles precisamos revitalizar um *insight* acerca de nós mesmos que só não foi totalmente banido da especulação político-filosófica graças ao esforço de uns poucos, e pouco explorados, pensadores do nosso tempo. E isso apesar de não se tratar de um *insight* qualquer, mas daquela decisiva aquisição que alcançamos de forma praticamente independente em culturas diferentes naquele que Jaspers chamou de “período axial” da história humana¹¹⁹¹. Já nos referimos reiteradas vezes àqueles pressupostos, na exploração que fizemos da filosofia política clássica e nas nossas remissões à recuperação do pensamento clássico por Eric Voegelin. Voltaremos agora a eles apenas para, muito rapidamente, deixar bem assentada a profissão de fé em que se baseia a compreensão da ordem política que estamos a sugerir.

¹¹⁸⁹ Isaiah Berlin, “Two concepts of liberty”, *Liberty*, Henry Hardy (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 212-7.

¹¹⁹⁰ Rawls, *Political liberalism (Expanded Edition)*, op. cit., pp. 242/3.

¹¹⁹¹ Esse “período axial”, de que nos fala Jaspers, é a época de um “processo espiritual” que se desenrola paralelamente no Ocidente, na China e na Índia, num período que vai de 800 a 200 a. C. O que de extraordinário aconteceu simultaneamente nessas três independentes regiões do mundo foi uma espécie de “transformação global do ser humano”, denominada por Jaspers de “espiritualização”. A partir daí, o homem já não é mais um ser fechado em si. Por meio da experiência de uns poucos filósofos, descobrimos a capacidade de elevarmo-nos acima de nós mesmos e do mundo, contrapondo-nos interiormente ao universo inteiro, com o que tornamo-nos capazes de pensar criticamente o mundo e as condições do nosso convívio (Karl Jaspers, *Origine e senso della storia*, tradução de Amerigo Guadagnin, Milano, Mimesis, 2014, esp. pp. 19-24).

O homem é um ser constituído de razão e de espírito, um ser pneumático “equipado” com o *nous*¹¹⁹². A liberdade consiste para nós num orientar-se por uma razão ligada pelo espírito a uma ordem transcendente. É nessa dimensão espiritual que, segundo Maritain, encontramos uma *personalidade* que supera a nossa individualidade. A *pessoa*, diferentemente do indivíduo, possui uma absoluta dignidade porque tem uma relação direta com o absoluto. A sua pátria espiritual é todo o universo de um absoluto transcendente ao mundo¹¹⁹³. Somos então *abertos à transcendência*. Essa abertura nos propicia vislumbres daquilo que é eterno, perfeito, e oportunidades para uma certa participação na realidade das coisas divinas. Mas assim como temos em nós uma parte divina que nos conecta com a transcendência, temos também, como que a puxar-nos para baixo, uma parte bestial, que é o domínio das paixões, dos desejos, do apetite. Então não estamos nem interiramente lá, na eternidade, nem inteiramente cá, na imanência do mundo. Vivemos na *metaxy*, numa realidade intermediária entre a imanência e a transcendência, entre o temporal e o espiritual, que nos distancia das demais criaturas e nos conecta com o divino. Assim podemos participar naquela realidade de lá, sem que ao mesmo tempo possamos deixar de estar cá, no mundo, onde somos distraídos e movidos por nossas paixões e por nossos apetites. Somos então orientados ao absoluto, atraídos pela perfeição de Deus, mas não podemos alcançá-la neste mundo, pois uma vez que vivemos na *metaxy*, e portanto em parte também cá, temos os nossos *limites*¹¹⁹⁴. É essa a base do pensamento político-filosófico clássico e o fundamento mais firme das instituições republicanas, assim como do sentido daquilo que nessa tradição adquire o ideal do *rule of law*¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² Além das referências constantes no cap. II, pode-se ainda consultar Eric Voegelin, *Hitler e os alemães*, tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca, São Paulo, É Realizações, 2008, p. 117.

¹¹⁹³ Jaques Maritain, *La persona e il bene comune*, 11ª ed., tradução de Matilde Mazzolani, Brescia, Morcelliana, 1998, pp. 19 e ss.; idem, “The rights of man and natural law”, *Christianity and democracy and The rights of man and the natural law*, tradução de Doris C. Anson, San Francisco, Ignacius, 2011, p. 67.

¹¹⁹⁴ Para além das referências constantes no cap. II, v. Platão, *Simpósio*, 201d-202b; idem, *Filebo*, 16c-17a (consultamos as traduções, respectivamente, de Giovanni Reale e Claudio Mazzarelli, em *Platone: tutti gli scritti*, Giovanni Reale, [ed.], Milano, Bompiani, 2016, pp. 486-534 e 428-80).

¹¹⁹⁵ Ellis Sandoz, *A government of laws. Political theory, religion, and the American founding*, Columbia/London: University of Missouri Press, 2001, pp. 09 e ss.; idem, “Republicanism and religion: some contextual considerations”, *Republicanism, religion, and the soul of America*, Columbia/London, University of Missouri Press, 2006, *passim*.

A grande questão em política é, na tradição do republicanismo, e segundo Ellis Sandoz, como erigir e preservar uma ordem ajustada para a habitação por seres que vivem naquela realidade intermediária de perfeições vislumbradas mas apenas transitoriamente alcançadas¹¹⁹⁶. Se somos imperfeitos, tanto por nossas humanas limitações intelectuais quanto por nos vermos permanentemente sacudidos pelas nossas paixões, precisamos naturalmente estar, todos, sujeitos a claros limites e ao escrutínio da crítica. Ninguém pode arrogar para si a perfeita virtude e, sob esse pretexto, ter a pretensão de governar à maneira de um rei-filósofo. Por outro lado, se somos abertos à transcendência e nessa abertura nos vemos diante de exigências de uma ordem que transcende a ordem da sociedade, é possível que num esforço de autotranscensão se descortinem exigências de uma validade superior por referência à qual os arranjos institucionais e os contingentes e sempre imperfeitos critérios normativos incorporados pela ordem da sociedade podem ser avaliados e revistos. Mas para que isso aconteça e a comunidade se constitua de maneira a instituir uma ordem humana, ou seja, um ambiente em que aquela *persona* a que se referia Maritain se sinta em casa neste mundo, a ordem da sociedade precisa se manter aberta e contar com meios por via dos quais a sua normatividade possa ir sendo permeada pelas exigências daquela validade de nível superior que podemos aqui e ali vislumbrar se a nossa alma não está completamente desordenada. Sem essa abertura e algum grau de permeabilidade, a comunidade política não será um ambiente propício para a plena realização da pessoa, pois isso depende da prevalência do espírito e da liberdade sobre a vida das paixões e dos sentidos¹¹⁹⁷. Isso significa que a vida comunitária deve dar *algum* lugar à virtude, e especialmente às várias formas de prudência. Ao mesmo tempo, precisamente por manter-se aberta e permeável às exigências de uma validade que a transcende, a ordem da sociedade deve contar com meios de estabilizar instituições e critérios normativos que tenham com o tempo se incorporado ao seu acervo de bens públicos e culturais. Na mesma medida em que é preciso permitir e até mesmo estimular o debate acerca do que é bom e justo, porque somos imperfeitos e conosco também as nossas obras, não havendo, ademais, respostas definitivas e sempre ajustadas a todas as possíveis circunstâncias, é imprescindível proteger contra a nossa inconstância e a turbulência dos acontecimentos as aquisições que as deliberações

¹¹⁹⁶ Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., p. 236.

¹¹⁹⁷ Maritain, *La persona e il bene comune*, op. cit., p. 27.

e práticas comunitárias vão alcançando em razão daquela abertura que essas deliberações e práticas propiciam. Há aí, portanto, inúmeras tensões que uma ordem política precisa administrar para que possa ser considerada uma habitação apropriada para os seus cidadãos.

O caminho para uma boa política e a estabilização de uma ordem justa depende, em primeiro lugar, de uma adequada administração da tensão entre a necessidade de se preservar e a de manter a abertura para aquilo que é verdadeiramente justo e bom para nós. Uma ordem social não constituirá uma autêntica ordem política se não for capaz de nos ligar por um vínculo comunitário sem sacrifício da nossa personalidade, daquilo que faz de nós a um só tempo sujeitos únicos equiparados por aquela nossa comum abertura à transcendência, e se não for ela mesma, conseqüentemente, aberta e permeável às exigências que se descortinam nessa nossa abertura para o que é bom e justo. Mas não se constituirá uma habitação segura e colocará frequentemente a perder os benefícios que dessa abertura resultam se não refrear tanto as arrogantes pretensões da virtude quanto as incontências das nossas paixões, e se não contiver suficientemente a agitação e as instabilidades que dessa mesma abertura naturalmente resultam. A ideia de fixar de uma vez por todas os princípios da justiça, banindo da arena pública o problema do que é bom para nós, e também um certo excesso comunitarista que venha eventualmente a idealizar uma ordem social encerrada em uma específica compreensão do que é uma vida boa, implicam, cada um a seu modo, um risco de fechamento que no extremo poderia vir a sufocar o espírito. A radicalização democrática, com a sua tendência a ir sempre mais adiante num irrefreado alargamento dos meios de participação popular e numa progressiva superação dos limites que a ordem deve impor tanto às minorias quanto às majorias, traz consigo, por sua vez, o risco de uma explosão de paixões, de um avassalamento da razão pelos apetites, com a consequência de que nessa inversão a razão deixa de governar e acaba subjugada pela insensatez. Uma democracia radical corre, de fato, o risco de se transformar num império do apetite, num reino da avidez em que a falta de limites institucionais e normativos abre caminho para que uma parcela da sociedade domine as outras no seu exclusivo interesse e para a realização dos seus

desordenados desejos¹¹⁹⁸. E mesmo que não se chegue a esse extremo, é essencial que tais limites sejam erigidos e as forças sociais sejam equilibradas de modo a evitar uma constante e precipitada revisão de tudo, pois o tempo precisa ter a chance de estabilizar as nossas político-normativas aquisições culturais e, uma vez que o tenha feito, devem essas aquisições ser preservadas até que haja razões muito consistentes e amplamente aceitas para deixá-las para trás e aventurarmo-nos em direção a algo completamente novo¹¹⁹⁹.

Uma boa ordem política depende, em segundo lugar, da sua capacidade de acomodar as legítimas pretensões das virtudes e a legítima pretensão de todo cidadão a participar do governo da sua comunidade. Essa é, como vimos, uma das temáticas centrais da filosofia política clássica. Se houvesse um único homem dotado de perfeita virtude, a ponto de poder se considerar um deus entre os homens, seria ele o natural governante da *polis* e não faria sentido nem teria vantagem alguma submetê-lo a qualquer tipo de limite ou constrição. Mas um tal homem não existe e, mesmo que existisse, não seria reconhecido como tal por todos os cidadãos. Então o melhor é um regime misto em que o acesso às magistraturas é preferencialmente franqueado aos “melhores”, mas todos podem participar de certas decisões políticas, incluindo a escolha dos governantes e a elaboração das leis¹²⁰⁰. Essa conciliação é pelo menos possível, no pressuposto de que o eleitorado será

¹¹⁹⁸ E não se pode esquecer, como vieram a confirmar as mais aterrorizantes experiências da história contemporânea, que a pior opressão é a que se exerce com o respaldo da maioria: “It is bad to be oppressed by a minority, but it is worse to be oppressed by a majority. For there is a reserve of latent power in the masses which, if it is called into play, the minority can seldom resist. But from the absolute will of an entyre people there is no appeal, no redemption, no refuge but treason” (Acton, “The history of freedom in antiquity”, op. cit., p. 63). Ademais, conforme alerta Leo Strauss, “a mass as mass cannot be responsible to anyone or to anything for anything” (“Liberal education and responsibility”, *Liberalism ancient and modern*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1995, p. 23).

¹¹⁹⁹ É enorme, portanto, o risco implicado por uma atitude cética relativamente à possibilidade de um adequadamente compreendido *government of laws*, embora esteja tão em voga em nosso tempo e sempre tenha concorrido, mesmo no contexto do pensamento constitucional americano, para uma tendência a pedir *menos direito e mais democracia*, como vemos, por exemplo, num antigo mas frequentemente citado ensaio de Charles Grove Haines: “The idea that there may be a government of laws and not of men is an illusion. [...] Constitutional provisions and veneration for law should not obstruct present and future generations from resolutely molding their governments to meet their needs [...]. [I]t is evident that some of the limits surrounding the exercise of powers should be removed in order that we may approach the ideal of a government by the people as conceived by Jefferson, by Lincoln, and by Roosevelt” (*A government of laws or a government of men: judicial or legislative supremacy*, Los Angeles, University of California, 1929, pp. 37/8).

¹²⁰⁰ Lord Acton lembra que um ponto acerca do qual os antigos eram quase unânimes era que o povo tem o direito de governar, mas é incapaz de bem governar sozinho (Acton, “The history of freedom in antiquity”, op. cit., p. 71).

capaz de identificar aqueles que têm mais sabedoria para discernir e mais virtude para perseguir o bem comum¹²⁰¹. E constituiria um regime justo, por seu reconhecimento das legítimas pretensões tanto dos melhores quanto dos demais cidadãos. Ainda favoreceria a orientação ao bem comum, em vez de privilegiar os interesses dos governantes. Seria pelos mesmos motivos um regime livre, porque, ao conceder um lugar à virtude e permitir que todos participassem do governo da comunidade, refrearia o sectarismo e previniria um predomínio das paixões sobre a razão e dos interesses particulares sobre o bem comum. E é isso que, na compreensão do republicanismo clássico, significa, como vimos, ser livre, inclusive na esfera política: ser “senhor de si”, ou seja, viver sob o domínio da razão, e não das paixões.

Para que todas essas tensões sejam bem administradas e esse delicado equilíbrio perdure, de modo que o bem comum e a liberdade prevaleçam e a justiça tenha condições de se realizar, são, evidentemente, necessários sofisticados arranjos institucionais e, sobretudo, mecanismos capazes de diluir eficazmente o poder. As deliberações políticas devem ser organizadas de forma que todos tenham voz e oportunidades de participar de alguma forma no governo da comunidade. É preciso, contudo, temperar as tendências nocivas e desestabilizadoras da democracia, criando filtros para a formação da vontade majoritária e estabelecendo limites que nem uma ocasional maioria dominante possa ultrapassar. Também é indispensável criar e proteger espaços institucionais que favoreçam o florescimento e o exercício das virtudes¹²⁰², e, numa espécie de institucionalização da prudência, estimulem práticas em que o debate e as decisões acerca da justiça e do bem comum sejam orientados pelo acervo de conhecimentos práticos comunitários, propiciando, ao mesmo tempo, que nesses qualificados contextos práticos tais conhecimentos e os critérios normativos em que se consubstanciam sejam tanto preservados quanto continuamente testados e enriquecidos. Mas para que tudo isso seja possível e uma bem orientada ordem política perdure, é fundamental ainda

¹²⁰¹ Strauss, “Liberal education and responsibility”, op. cit., p. 16.

¹²⁰² É esse, segundo Leo Strauss, o papel político da tradicional “educação liberal”: por sua capacidade de formar ilhas de excelência e estimular a moderação, funciona como uma espécie de antídoto contra a pobreza e as debilidades da democracia de massas (“What is liberal education?”, *Liberalism ancient and modern*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1995, pp. 04/5; idem, “Liberal education and responsibility”, op. cit., pp. 10 e 24).

desistir de inventar substitutos funcionais para o absoluto¹²⁰³ e abolir a soberania¹²⁰⁴. A diferenciação entre a “ordem verdadeira” e a ordem da sociedade não pode ser nem superada nem esquecida. Aquela clássica divisão entre a alma racional e a alma sensitiva, entre a parte divina e a parte bestial de cada um de nós, não pode, sem grande risco, dar lugar a uma compreensão da sociedade, da comunidade ou de qualquer outra coletividade que incorpore nela a razão ou faça dela um sucedâneo imanente de um absoluto transcendente¹²⁰⁵. A tensão que cada um de nós experimenta na *metaxy* é uma tensão a que estará também irremediavelmente sujeita a comunidade. Não há ordem humana perfeita e nosso horizonte está para além da sociedade. A própria comunidade política, como quer que se faça representar, deve ficar, portanto, sujeita a limites que estimulem a moderação e contenham eventuais excessos. Se, então, tudo isso for cuidadosamente tido em consideração, e se, sob tais pressupostos, arranjos forem apropriadamente instituídos e firmemente protegidos por uma difundida consciência do seu valor e das razões subjacentes, a ordem da sociedade poderá manter-se aberta às exigências do bem comum e da justiça e será ser permeada por uma validade que preservará a liberdade e orientará adequadamente as decisões da comunidade¹²⁰⁶. É essa uma condição para salvar a democracia da perniciosa ideologia do democratismo¹²⁰⁷, e para estabilizar-se uma ordem autenticamente política, ou seja, uma comunidade de iguais em que esse ser singular que é a pessoa possa se sentir em casa com os outros.

¹²⁰³ Daniel Innerarity, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 262/3

¹²⁰⁴ Hannah Arendt, *A condição humana*, op. cit., p. 246; Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., pp. 159/60.

¹²⁰⁵ Berlin, “Two concepts of liberty”, op. cit., pp. 179-81.

¹²⁰⁶ Convém afinal jamais esquecer que as instituições que asseguram a verdadeira liberdade dependem da sua virtude, e que a sua virtude não se conserva quando só a sua forma perdura e a sua substância foi esquecida: “The history of institutions is often a history of deception and illusions; for their virtue depends on the ideas that produce and on the spirit that preserves them, and the form may remain unaltered when the substance has passed away” (Acton, “The history of freedom in antiquity”, op. cit., pp. 53/4).

¹²⁰⁷ Russell Kirk, *The politics of prudence*, Bryn Mawr, ISI, 1994, pp. 279/80; Leo Strauss, “An Epilogue”, *Liberalism ancient and modern*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1995, p. 222.

3. A supremacia do direito

Na tradição do republicanismo, a categoria que encerra como que numa espécie de síntese as mais fundamentais constitutivas condições normativas de uma autêntica ordem política é o antigo ideal do *rule of law*. Restabelecer esse específico significado do *rule of law* é, portanto, o primeiro passo para uma compreensão do que seja uma ordem política de direito, e para uma adequada compreensão da articulação, nessa ordem, entre o político e o jurídico.

3.1. *Rule of law*

Em Platão, como tivemos a oportunidade de ver no capítulo que dedicamos à filosofia política clássica, o “governo das leis” é um substituto imperfeito para o *logos basilikos*, a ciência perfeita do verdadeiro estadista. Um homem porventura dotado de tal ciência governaria com absoluta sabedoria e justiça. Seria para a comunidade como que uma “lei vivente”, capaz de discernir o melhor e o mais justo para todos em todos os casos, e não haveria, portanto, nenhuma razão para submetê-lo a quaisquer limites legais. À mesma conclusão chega Aristóteles ao consideriderar a possibilidade de um governo por homens tão excelentes que a sua virtude excederia todo o estoque de virtudes de todos os demais cidadãos. Mas é raro encontrar alguém assim e, ainda que houvesse um tal “deus entre os homens”, dificilmente o povo seria capaz de distingui-lo do tirano e reconhecer a sua natural autoridade. O melhor é então, para Platão como para Aristóteles, adotar boas leis e sujeitar todos ao seu governo. Será esse o critério distintivo das constituições verdadeiras e daquilo que define um autêntico governo político (*arkhe politike*), ou seja, o governo de uma comunidade de cidadãos livres e iguais.

Por boas leis Platão e Aristóteles entendem aquelas que, ordenando-se ao bem comum, venham a incorporar normativamente, mesmo que em seus rígidos termos gerais, aquela sabedoria que distingue o verdadeiro governante ou a prudência de um homem de transcendente virtude. Sem um tal governo das leis a comunidade ficaria demasiado sujeita à influência errática das paixões e dos caprichos, e os interesses pessoais dos governantes acabariam por ser sobrepostos às exigências do bem comum e da justiça. Então o governo das leis é um sucedâneo

imperfeito, uma *mimesis*, do que seria um perfeito governo da razão ou da virtude. Mas para que as boas leis prevaleçam e, com elas, a orientação do regime ao bem comum, é necessário que a virtude tenha o seu lugar na condução dos assuntos comunitários e que a predominância sectária de qualquer facção seja prevenida por um arranjo que assegure a todos os cidadãos alguma participação no governo da *polis*, submetendo ao mesmo tempo quem governa, incluindo os melhores e a maioria, a certos limites. São essas as exigências que se cumprem mediante a proposta clássica de um regime misto sob a lei. Especialmente em Platão, mas também ainda em Aristóteles, a legislação será, então, a via pela qual a ordem da sociedade será permeada pelas exigências de uma validade que penetra a nossa alma em razão daquele elemento divino que temos cada um em nós. Mas nunca podemos esquecer que a legislação é um necessário e imperfeito sucedâneo porque nós, situados como estamos na *metaxy*, somos imperfeitos e estamos, cada um de nós e a nossa comunidade, sujeitos também às degradantes e desorientadoras influências das nossas paixões. O regime deve ser, por isso, arranjado de tal forma que as suas leis não só prevaleçam, mas adquiram e conservem aquelas qualidades que fazem da ordem da sociedade uma *mimesis* da ordem verdadeira. Só assim, se prevalece a lei verdadeira, e se o governante se torna um guardião do *dikaion*, estaremos, verdadeiramente, sob o “governo das leis”¹²⁰⁸. E se, partindo de tais pressupostos, fizermos uma leitura do *rule of law* a partir da filosofia política clássica, diremos que essa categoria simboliza uma espécie de *rule of reason*: a supremacia de uma normatividade que se descortina para nós em abertura à transcendência e nos orienta adequadamente ao bem comum e ao que é verdadeiramente justo. A abolição da soberania de qualquer cidadão ou órgão político, a diluição do poder, a participação popular no governo e na legislatura e a instituição de práticas comunitárias que favoreçam o predomínio do bem comum e da justiça sobre as paixões e os interesses particulares são, todos, implicações mais ou menos diretas daquela mais fundamental exigência que encerra o núcleo do ideal do *rule of law*.

¹²⁰⁸ “*Nomos*, a lei, deve reinar, não o homem. O governante não deve ser mais do que o guardião do *dikaion*, do que é justo, que distributiva e comutativamente predomina entre homens que são livres e iguais; se viola o *dikaion*, se ele age em seu próprio interesse, dando a si mesmo maior quinhão do que o devido a ele como um igual entre iguais, ele, então, se transforma num tirano. Para Aristóteles, o governo do *nomos*, então, não se acomoda a qualquer conteúdo arbitrário de lei positiva; na verdade, só se pode falar do governo da lei quando a lei tem um conteúdo definido e substancial” (Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., p. 181).

Essa mesma ideia de uma normatividade material que traduz exigências da razão e se ordena ao bem comum e à justiça domina o pensamento político e jurídico medieval. Vimos por referência à teoria tomista da lei que na melhor articulação escolástica dos problemas que nos importam a razão humana participa, ainda que a seu modo e imperfeitamente, na razão divina, e que é por meio dessa nossa participação e nas formulações que assim tomam a forma de uma lei natural e, a partir dela, por conclusão ou determinação, de uma lei positiva, que a *divina ratio* permeia a ordem da sociedade. A lei humana será então a expressão de uma *ratio*, ou terá validade nenhuma por se tratar de uma corrupção da lei. E uma vez que a comunidade é ordenada à realização do bem dos seus cidadãos, a lei verdadeira será uma ordenação da razão ao bem comum. Se ordenar-se ao bem ou à utilidade apenas de quem governa, a prescrição da autoridade não terá *razão de lei*, e assim não passará de uma pura e simples perversão da lei. Tomás de Aquino preservou a ideia clássica da superioridade do governo da razão sobre o domínio das paixões, continuou a sustentar que o governo da razão é aquele que orienta a ação adequadamente ao bem, e assim pôde diferenciar não só a lei verdadeira da sua perversão, como também o rei verdadeiro de um simples tirano. J. J. Gomes Canotilho traduziu muito precisamente essa diferenciação entre as leis em sentido próprio e as corrupções da lei ao destacar que na compreensão pré-moderna “leis verdadeiras são as leis verdadeiras e justas dadas no sentido do bem comum”, ou seja, aquelas em que se veem duas dimensões: uma “*dimensão material*, na medida em que lei era expressão do justo e do racional”, e uma “*dimensão de universalidade*, porque a lei se dirigia ao bem comum da comunidade”¹²⁰⁹. Essas distinções que qualificam uma “lei verdadeira” são evidentes implicações da existência de uma normatividade superior à lei positiva e da vinculação àquela normatividade de qualquer autoridade política. A articulação de uma normatividade que se diferencia na forma de uma hierarquia legal não é, contudo, a única, e provavelmente nem mesmo a melhor, expressão medieval da supremacia do direito, até porque temos vindo a distinguir a juridicidade da legalidade, e pelo menos no circunscrito âmbito dessa teoria da lei ainda não apareceu o direito.

¹²⁰⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, s/d, pp. 713/4.

Ao tratarmos da concepção moderna da soberania, lembramos que até o advento da modernidade prevaleceu a ideia de que o poder político está submetido a uma juridicidade extraestatal involucrada em costumes imemoriais e no saber especializado dos juristas¹²¹⁰. E vimos como a tradição do *common law* não só preservou como também revigorou essa compreensão medieval. Mas é fundamental, para esta nossa recuperação do original significado nuclear do *rule of law*, destacar que a supremacia de um direito extraestatal involucrado nos costumes e práticas comunitárias não é uma peculiaridade da história inglesa ou do pensamento político ou jurídico inglês, e não se explica adequadamente por recurso a uma qualquer teoria da lei. Temos então, para isso, que nos deixar levar um pouco mais longe na exploração do pensamento medieval.

Em um sintético e despretensioso ensaio de Fritz Kern acerca da compreensão medieval do direito, vemos se descortinar um mundo completamente diferente do nosso, ou uma forma de ver o mundo que praticamente inverte a visão que nós modernos temos de tudo que concerne ao fenômeno jurídico. A sanção estatal é, de regra, irrelevante. Para que um critério normativo seja integrado à juridicidade, tem que ser a um só tempo *antigo* e *bom*. Tem que vir incorporado aos costumes de uma comunidade e pertencer à memória de um povo venerável. Pode estar ou não preservado em documentos, mas tem que contar com insuspeitos testemunhos. Faz parte de uma ordem estável que transcende tanto o governo quanto a própria comunidade. Além de ser antigo, tem também que ser bom, equitativo, e não será considerado parte daquela ordem se não o for. Por ser sagrado, tanto as autoridades quanto os cidadãos devem preservá-lo. As prescrições do poder e as decisões dos juízes não podem “criar” um tal direito. São dele declarativas e podem desinvolucrar as suas normativas implicações, mas não criá-lo, porque é já parte de uma ordem que existe e à qual todos devem respeito e veneração. Um “novo direito” é uma contradição em termos, pois ou os critérios derivam explícita ou implicitamente do velho e bom direito ou não merecem essa qualificação. Se uma prescrição ou decisão conflita com esse velho e bom direito, pode-se esperar que venha a ser, cedo ou tarde, posta de lado, e quando isso

¹²¹⁰ São fundamentais os já citados ensaios de McIlwain acerca do contraste entre a nova concepção e aquela pré-moderna compreensão da soberania como um atributo de uma legítima autoridade constituída pelo e submetida ao direito: “Sovereignty”, op. cit., *passim*; “A fragment on sovereignty”, op. cit., *passim*; “Whig sovereignty and real sovereignty”, op. cit., *passim*.

acontecer não deixará de existir aquele “novo” direito; ter-se-á apenas restaurado o velho, naquilo que em verdade será apenas uma confirmação de um direito que nunca deixou de existir e valer como tal, porque o que vale por ser antigo e bom não pode ser ultrapassado por mera decisão ou por simples manifestação de um qualquer poder. É o Estado que está a serviço desse direito, e não este a serviço do Estado. Governantes e governados estão a esse direito igualmente submetidos. É ele em verdade constitutivo da autoridade, e não constituído por ela, pois não há autoridade fora ou acima do direito. Se há um soberano, é o direito. Não o Estado, nem a comunidade, e muito menos um príncipe ou a magistratura. Mas o seu lugar é a consciência jurídica da comunidade, e os seus guardiões são os prudentes. É aí, na tradição da comunidade e na memória dos juristas, que vamos encontrá-lo, pois nos costumes e na prática dos juristas temos o testemunho vivo desse direito. Mesmo o legislador deve limitar-se à tarefa de revelar esse direito e explicitar as suas exigências, como que a dar continuidade à tradição e revigorar uma ordem a que está sujeito. É esse, portanto, um direito autônomo, apolítico. E trata-se de um único direito. Um direito que é direito porque é correto, porque é justo e porque é razoável. Não há, então, duas instâncias jurídicas, dois extratos legais. Uma prescrição, um ato legislativo, uma decisão ou uma opinião integram-se a essa juridicidade por serem a ela materialmente referidas e apresentarem as suas qualidades constitutivas, ou pura e simplesmente não são direito. Qualquer documento será desse direito apenas um registro, e todos os meios em que vier a ser registrado constituirão apenas os seus repositórios. E qualquer porção desse direito registrado ver-se-á apenas como um subordinado fragmento da consciência jurídica viva da comunidade. Essa será então uma juridicidade aberta, dúctil e só insuficientemente definida: tudo que é bom encontrará nela um lugar, e o que não for deverá ser removido por não passar de um desvio ou de uma corrupção daquele velho e bom direito. Tudo que a ele se incorporar porque é bom ter-se-á como parte dele por contribuir para a sua clarificação ou para o seu desenvolvimento ou para a sua restauração, como que a mantê-lo ou colocá-lo de volta, agora mais crescido e desenvolvido, naquele caminho que sempre foi o seu¹²¹¹. Em vez de dois direitos hierarquicamente ordenados, o que temos aí é, portanto, um único direito que se constitui na tensão entre as contingências da vida social e uma ordem de validade

¹²¹¹ Fritz Kern, “Law and Constitution in the Middle Ages”, *Kingship and law in the Middle Ages*, traduzido por S. B. Chrimes, New York/Evanston, Harper Torchbooks, 1956, pp. 149-66.

indisponível: “o direito que é era considerado idêntico ao direito que deveria ser”¹²¹². Quando se fala, pois, da “constituição” medieval, estamos também diante de algo completamente diferente do que seria uma Constituição moderna. O direito constitui no medievo “a dimensão profunda e essencial da sociedade”, uma autêntica *ordo iuris* autônoma que subjaz aos eventos políticos e sociais do dia e forma a “plataforma estável e estabilizante” sobre a qual se desenrolam na superfície os grandes e pequenos episódios da história. Por isso toda manifestação dessa ordem, incluindo as cartas políticas, as *leges* e quaisquer injunções do poder, tem a índole de uma *interpretatio*, e a essência do poder político é ainda a de um *ius dicere*¹²¹³. O monarca está então, evidentemente, subordinado a esse direito e tem o dever de preservá-lo¹²¹⁴. O direito, conforme esclarece John Philip Reid por referência a Bracton, *não era poder e sim limite ao poder*¹²¹⁵. E a salvaguarda fundamental dessa ordem está numa *praxis* notarial e judicial “que, silenciosa, mas obstinada, livre de condicionamentos demasiado estreitos, consciente ao menos de que precisa fundar um edifício adequado às transformações das exigências econômicas e sociais, torna-se ouvinte atenta de uma complexa sedimentação consuetudinária e a traduz em estruturas organizativas da experiência, aquilo que costumamos chamar de institutos jurídicos”¹²¹⁶. O direito pré-moderno fora sempre, então, um “direito que já ‘é’”, a exigir apenas uma “contínua e concreta explicitação-determinação”; fora sempre, conseqüentemente, um “direito de juristas”, e todas as suas explicitações tiveram sempre a índole de uma adequadamente compreendida *interpretatio*¹²¹⁷.

Como se vê, aquela compreensão do direito como uma normatividade extraestatal involucrada nos costumes e preservada pela memória dos juristas não é, como dissemos, um peculiaridade inglesa. A pressuposição dessa ordem autônoma involucrada numa *praxis* corresponsa ao inteiro “modo medieval de sentir

¹²¹² Kern, “Law and Constitution in the Middle Ages”, op. cit., p. 169. Numa formulação que nos parece ainda ligada a essa concepção, Castanheira Neves assevera que “[s]ó no direito positivo a ideia de direito realiza o *direito*, só pela ideia de direito o direito positivo se realiza *como direito*” (“A revolução e o direito...”, op. cit., p. 218).

¹²¹³ Paolo Grossi, *A ordem jurídica medieval*, tradução de Denise Rossato Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2014, pp. 16/7, 103, 107-17 e 167-78.

¹²¹⁴ Kern, “Law and Constitution in the Middle Ages”, op. cit., p. 181 e ss.

¹²¹⁵ John Phillip Reid, *Rule of Law. The jurisprudence of liberty in the seventeenth and eighteenth centuries*, 1ª ed., DeKalb, Northern Illinois University Press, 2004, pp. 10/1.

¹²¹⁶ Grossi, *A ordem jurídica medieval*, op. cit., p. 47.

¹²¹⁷ Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 511-3.

e de viver a juridicidade”¹²¹⁸. Nem a substância da juridicidade medieval se revela sequer minimamente numa estrita perspectiva da lei, quer venha ela revestida de uma roupagem jusnaturalista ou jurracionalista. De todo modo, a transmissão à modernidade daquele sentido normativo substancial do *rule of law* deveu-se, de fato, à tradição do *common law*, e isso só foi possível porque os *common lawyers* preservaram e legaram para a posteridade alguns traços nucleares da compreensão medieval do direito. No alvorecer da modernidade, o pensamento político ligado à tradição do republicanismo conseguia ainda manter, e chegou até a revigorar, por meio da linguagem política de Aristóteles, e com constantes referências a Cícero, a ideia de que uma autêntica comunidade política, uma comunidade de homens livres e iguais, constitui uma ordem governada pela razão e pela virtude; que nisso consiste a sua fidelidade à justiça e a sua orientação ao bem comum, e que um direito que ainda não havia sido reduzido à mera legalidade tinha a supremacia precisamente por fazer prevalecer a razão sobre as paixões, e com ela a justiça e o bem comum sobre as facções e os interesses particulares¹²¹⁹. Mas a filosofia política moderna triunfou sobre o republicanismo clássico, e no pensamento político tipicamente moderno já não havia lugar, com vimos, para aquelas ideias, muito menos se compreendermos aquele direito que deve governar nos termos em que costumavam compreendê-lo os pensadores medievais. Sabemos que aquela ideia de direito correspondente ao mundo cultural do medievo foi um dos alvos preferenciais da nova ciência política, como muito eloquentemente demonstrou Hobbes ao dedicar todo um diálogo à refutação de Coke e, com ele, de todo o pensamento jurídico medieval. Se quisermos, então, encontrar vestígios na modernidade daquele sentido nuclear original do *rule of law*, para resgatar a sua substância dos escombros deixados por Hobbes e tantos outros, teremos que nos voltar ao único projeto político moderno que preservou algo do espírito do *common law*. Será então apenas na fundação dos Estados Unidos da América que encontraremos formulações modernas e uma atualização das implicações político-institucionais daquela compreensão tradicional do *rule of law*.

¹²¹⁸ Grossi, *A ordem jurídica medieval*, op. cit., p. 48.

¹²¹⁹ Maurizio Viroli sustenta eloquentemente, por referência a inúmeras e relevantes fontes, que a compreensão clássica da política e do *rule of law* foi vigorosamente recuperada a partir do século XIII em diante e chegou a ser revigorada pelos humanistas em pleno renascimento, sobretudo por Maquiavel (“Machiavelli and the republican idea of politics”, *Machiavelli and republicanism*, Gisela Bock, Quentin Skinner & Maurizio Viroli [ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 1990, *passim*).

Do ponto de vista da compreensão medieval do direito, a Revolução Americana foi uma *restauração*¹²²⁰. E, do ponto de vista da velha filosofia política, foi um renascimento daquela ideia central do constitucionalismo clássico e medieval que a categoria do *rule of law* simboliza¹²²¹. A própria fundação da república norte-americana foi uma asserção tácita de que somos animais políticos dotados da capacidade de discernir o que é justo e bom para nós¹²²². Mas os fundadores também herdaram do republicanismo clássico uma profunda preocupação com o sectarismo e o perigo das facções. Não acreditavam, por outro lado, que seria possível remover as causas da facção sem sacrificar a liberdade política, até porque sabiam, além disso, que as causas do sectarismo estavam entranhadas em nossa natureza. Não tinham, portanto, a ilusão de que poderiam contar com um estoque de virtude suficiente para superar esse problema. Também desconfiavam do governo majoritário porque sabiam que tudo que se pode esperar de uma democracia direta é confusão e instabilidade, uma agitação sem fim decorrente da mobilização das paixões das massas por demagogos e oportunistas. Por isso privilegiaram a criação de arranjos institucionais capazes de administrar os efeitos nocivos das facções e moderar os excessos da democracia. Preferiram um governo representativo e uma república federativa, e conceberam mecanismos voltados à fragmentação e à dispersão do poder, acreditando que disso resultaria um complexo equilíbrio entre forças e tendências contrapostas, com a consequência de que as paixões e os interesses poderiam vir a subordinar-se às exigências da razão e do bem comum. A crença subjacente era, tal como no republicanismo clássico, a de que somos capazes de transcender as nossas paixões e submetê-las ao governo da razão, e que por isso, como deixou claro James Madison, o melhor seria levar à liderança da comunidade os mais virtuosos dentre os cidadãos (*The Federalist*, nº 57). Mas os *founding fathers* eram menos otimistas quanto à capacidade da virtude para, em uma enorme república federativa, fazer prevalecer o bem comum e a justiça. Por isso, reuniram o maior estoque possível de sabedoria política e nela foram buscar orientação para a criação de arranjos institucionais capazes não só de mitigar os efeitos nocivos das nossas humanas debilidades, mas, também, de tirar proveito delas. A separação dos poderes e uma multiplicação de meios de controle recíproco

¹²²⁰ McIlwain, "Whig sovereignty and real sovereignty", op. cit., pp. 67/8 e 85.

¹²²¹ Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., pp. 84-5, 102-3 e 235/6.

¹²²² Rahe, *Republics ancient and modern...*, op. cit., pp. 27/8.

que incluía uma judicatura independente permitiriam, segundo acreditavam os *framers*, conter os excessos da legislatura e estabilizar uma normatividade superior consubstanciada na Constituição. Como Platão e Aristóteles, e com uma certa dose extra de realismo político, apostaram tudo na arquitetônica institucional recomendada pelo segundo melhor expediente para fundar um regime justo e estável: a instituição de um *rule of law* em que viriam a ser reconciliadas, de um lado, a sabedoria e a virtude, e, de outro, a necessidade do consentimento de cidadãos livre e iguais. A supremacia de uma Constituição protegida por delicados arranjos institucionais voltados, sobretudo, à dispersão do poder, foi, com efeito, o expediente concebido para fazer prevalecer o “fim do governo”, que, segundo asseverou Madison, é a justiça: “Justice is the end of government. It is the end of civil society” (*The Federalist*, nº 51)¹²²³. A separação dos poderes, com a intenção com a qual foi concebida, viria, por sua vez, a assegurar aquela supremacia normativa da Constituição através de um expediente que Hannah Arendt considerou a maior inovação americana em política: a “abolição da soberania dentro do corpo político”¹²²⁴. E uma instituição cuidadosamente protegida tanto da influência popular quanto da instabilidade e das injunções políticas foi colocada no topo da estrutura judiciária, para, orientando-se direita e exclusivamente à conservação daquela fundamental normatividade constitucional, manter vivo o espírito da fundação e funcionar como uma espécie de *logos* da comunidade¹²²⁵. Se, de fato, numa república é a legislatura que tende a predominar, tudo deve ser arranjado de forma que dificilmente uma coalizão majoritária tenda a fazer valer “other principles than those of justice and the general good” (Madison, *The Federalist*, nº 51). A ordem constitucional americana é, de fato, toda ela orientada por essa preocupação de que nada nem ninguém se sobreponha à justiça e ao bem comum, e uma Constituição rídiga protegida por filtros que conduzam os melhores às magistraturas e por mecanismos de dispersão e controle do poder são os meios circunstancialmente recomendados para a garantia daquela adequada ordenação da comunidade¹²²⁶.

¹²²³ Rahe, *Republics ancient and modern...*, op. cit., pp. 41-62 e 236; Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., pp. 39-42, 102/3, 120, 174.

¹²²⁴ Hannah Arendt, *Sobre a revolução*, op. cit., p. 188.

¹²²⁵ Rahe, *Republics ancient and modern...*, op. cit., pp. 67/8 e 236.

¹²²⁶ Acerca desses e dos demais objetivos da doutrina americana da separação de poderes, bem como da sua clara conexão com a doutrina da constituição mista, v. Gwyn, *The meaning of the separation of powers: an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*, New Orleans, Tulane University, 1965, pp. 116-28.

O ponto que para nós é aqui decisivo é que a Constituição que a república americana se deu não é a expressão normativa de uma vontade soberana da qual toda normatividade material tira sua validade, nem a fonte da legitimidade de um poder soberano de cuja vontade derivaria todo direito válido. É muito convincente o argumento de Edward Corwin, em um antigo mas fundamental ensaio, no sentido de que existe uma continuidade que vai da ideia de um “governo das leis” na filosofia política clássica até o constitucionalismo americano – passando, portanto, pela supremacia na república de uma espécie de razão desapaixonada (Aristóteles), pela superioridade de uma *recta ratio* que distingue o que é justo e injusto de acordo com a natureza (Cícero), pela qualificação da lei verdadeira por uma “razão de lei” que só terá aquele *dictamen rationis* que ordena a comunidade ao bem comum (Aquino) e pela superioridade de um *common law* que consubstancia uma “artificial perfeição da razão” e não só coloca o monarca *sub Deo et Lege*, como também permite o controle dos atos do parlamento que sejam porventura “against common right and reason” (Coke)¹²²⁷. Segundo McIlwain, o *common law* constituía, “in a very real sense, a fundamental law”, e mesmo a Magna Carta era compreendida como uma confirmação daquela juridicidade fundamental¹²²⁸. Os *founding fathers* queriam evidentemente manter viva essa ideia de que todo poder, incluindo o do povo, está sob o governo de uma razão desapaixonada, ou seja, sob a autoridade de uma juridicidade que incorpora exigências normativas fundamentais e transcende quaisquer particulares interesses, orientando o regime ao bem comum e protegendo a comunidade do sectarismo. A Constituição americana foi então, como originalmente a Magna Carta e também as subseqüentes declarações de direitos, uma restauração daquele velho e bom direito de que nos fala Fritz Kern – uma *confirmação* dos direitos e liberdades que os ingleses já desfrutavam sob a supremacia do *common law*¹²²⁹. No que verdadeiramente inovaram foi na instituição

¹²²⁷ Corwin, “The ‘Higher Law’ background of American constitutional law”, op. cit., *passim*. Essa mesma relação de continuidade levou Hayek a compreender a constituição norte-americana como os *founding fathers* devem tê-la compreendido, ou seja, como uma tentativa de explicitação de um acordo subjacente acerca de princípios mais fundamentais que não foram *criados* pelos constituintes ou pelo próprio povo (*The constitution of liberty*, London/New York, Routledge, 2006, pp. 156-9).

¹²²⁸ McIlwain, “Magna Carta and common law”, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, pp. 135 e 171 e ss.

¹²²⁹ “In 1788 or 1789, by ratifying a written constitution which reserved all enumerated powers ‘to the States respectively or to the people’ and in a ‘bill of rights’ expressly forbade certain governmental infringements of individual liberty, we in America merely made our fundamental law more explicit”

de arranjos que tornaram efetivas as limitações do poder por aquela superior normatividade e que acabaram, novamente nas palavras de Hannah Arendt, por abolir eficazmente a soberania e tornar uma realidade a ideia confirmada por toda a tradição de que o poder, todo ele, está subordinado ao direito.

Parece-nos convincente, por tudo isso, o argumento de Ellis Sandoz no sentido de que os fundadores da república norte-americana instituíram uma ordem ajustada para a habitação humana¹²³⁰. A tradição do constitucionalismo foi novamente reconduzida à compreensão fundamental de que somos animais políticos abertos a uma realidade transcendente que nos mobiliza em direção ao que é bom e ao que é justo, mas também de que vivemos, apesar disso, cada um na própria parcialidade, na própria relatividade, sob a constante perturbação das próprias paixões, e por isso tendemos a ver as coisas só à nossa maneira e a perseguir aquilo que corresponde só ao nosso interesse. Os fundadores sabiam que nessa nossa condição de seres intermediários é preciso colocar a comunidade sob o governo de uma normatividade que incorpore as exigências da justiça e nos oriente adequadamente ao bem comum. E que é nessa adequada orientação, equivalente como que a um governo da razão, que consiste a verdadeira liberdade. Preservaram, assim, a ideia de uma liberdade sob o direito que permeia a tradição e vem da compreensão clássica de que ser livre é viver sob o governo da razão¹²³¹. Mas sabiam também que não há como fechar a ordem da sociedade num sistema perfeito em que as exigências da razão governarão sempre, e que a manutenção da boa ordem da sociedade não pode depender inteiramente nem das leis fundacionais nem da virtude dos cidadãos. Então não se limitaram a conceber uma boa Constituição. À maneira do legislador platônico, esforçaram-se para através dela dar à comunidade as melhores leis, mas se preocuparam adicionalmente com a instituição de mecanismos capazes de protegê-las. Dispersaram ao máximo o poder e conceberam meios de preservar a estabilidade da ordem constituída. Esperavam

(McIlwain, "Government by law", *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, p. 279). John Philip Reid corrobora esse entendimento quando diz que a Revolução Americana pode ser vista como uma das últimas resistências em defesa do velho ideal "of rule by customary, prescriptive, immutable, fundamental law", e que, do ponto de vista de Bracton, Coke, Hale e outros defensores da superioridade do *common law*, foi "o maior triunfo do *rule of law*" (*Rule of Law...*, op. cit., p. 75).

¹²³⁰ Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., p. 240.

¹²³¹ Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., pp. 39-42, 202 e 228-36; idem, "Foundations of American liberty and rule of law", *Republicanism, religion, and the soul of America*, Columbia/London, University of Missouri Press, 2006, pp. 62/3.

que de um complexo sistema de controles recíprocos resultasse um equilíbrio entre as paixões e os interesses que favoreceria a predominância das exigências da razão e asseguraria o *rule of law*, naquele sentido original do termo, pois isso é o melhor que seres imperfeitos podem fazer em um mundo imperfeito sem renunciar às exigências de uma justiça que não podem realizar perfeitamente¹²³².

O que queríamos enfim destacar é que em toda essa tradição que vem da antiguidade e ainda sobrevive na fundação do constitucionalismo norte-americano, vemos reafirmado aquele sentido do *rule of law* que apela a uma normatividade irreduzível à vontade ou à decisão de qualquer órgão ou pessoa, e mesmo do povo inteiro, e que não pode reduzir-se a nada que em qualquer momento esteja já inteiramente pressuposto e venha ao nosso conhecimento como algo simplesmente dado¹²³³. Por direta implicação, essa compreensão do *rule of law* postula que não há e não pode haver *nenhum* soberano no sentido moderno: todo poder é limitado, porque está submetido àquela normatividade¹²³⁴.

Evidentemente, essa antiga compreensão do *rule of law* vem inteiramente a calhar quando se pretende, como é o nosso declarado propósito, recuperar uma compreensão do direito como uma espontânea ordem autônoma de validade que

¹²³² Sandoz, *A government of laws...*, op. cit., pp. 119/20 e 238; idem, “Foundations of American liberty and rule of law”, op. cit., pp. 71-4.

¹²³³ Esse sentido do *rule of law* o distingue claramente do governo *pelo* direito (*rule by law*), consagrado pelo positivismo jurídico do moderno *Rechtsstaat*: “By the former, there is an appeal to a higher standard of law and justice than the merely mortal or, at the least, than the enacted law of merely contemporary rulers. [...] Law must be just and reasonable *as arising from a source superior to the state*” (grifo nosso) (Sandoz, “Foundations of American liberty and rule of law”, op. cit., pp. 57/8).

¹²³⁴ McIlwain assimila o *rule of law* ao constitucionalismo, e este por sua vez à limitação do governo – “Constitutional government is and must be ‘limited government’ if it is constitutional at all” (“The fundamental law behind the Constitution of the United States”, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, p. 244); e ainda: “One of the things, probably the most important of all the things in my own particular field, that we seem to owe in largest part to these developments of the Middle Ages, is the institution of limited government, which I take to be the synonym for constitutionalism” (idem, “Mediaeval institutions in the modern world”, *Speculum* 16 [1941], p. 278) – porque a sua compreensão do constitucionalismo está ainda ligada à noção medieval de que todos os poderes estão submetidos a uma juridicidade que transcende qualquer contingente tentativa de explicitar as suas normativas exigências. Hayek já dirá, por sua vez, que o *rule of law* é algo mais do que o constitucionalismo, porque entende o constitucionalismo nos estritos termos de um *limited government*, ao passo que o *rule of law* contém exigências que estão para além da Constituição e não implica apenas a limitação do poder, impondo adicionalmente a observância de certos princípios metajurídicos (*The constitution of liberty*, op. cit., pp. 158/9 e 180/1); com isso Hayek acaba por concordar, no fundamental, com McIlwain, e reafirmar o núcleo de sentido original do *rule of law*: “The rule of law [...] is also more than constitutionalism: it requires that all laws conform to certain principles” (*The constitution of liberty*, op. cit., p. 180).

emerge de uma *praxis* e limita o poder, pois uma e a outra são não só compatíveis como estão historicamente vinculadas, como que uma a reclamar a outra¹²³⁵. Mas naquele seu original sentido, que é o que deve, em nosso entendimento, ficar aqui estabelecido, o *rule of law* encerra uma ideia anterior à da supremacia de um específico direito, e não implica, por si só, a supremacia de um direito autônomo atribuível sobretudo à prática jurídica. Do contrário, não poderíamos, evidentemente, encontrar já na filosofia política grega uma adequada expressão daquela compreensão do *rule of law*, pois os gregos não conheciam um direito autônomo, e não poderiam ter nenhuma experiência do que constituiria uma juridicidade emergente de uma prática jurídica especializada. O que queremos então, ao revigorar aquele tradicional sentido republicano do *rule of law*, é traduzir e simbolizar, em primeiro lugar, aquelas fundamentais condições normativamente constitutivas de uma autêntica ordem política¹²³⁶. O *rule of law* significa, antes de qualquer coisa, uma abertura da ordem política para uma normatividade que orienta a comunidade ao bem comum e ao que é verdadeiramente justo. É, portanto, uma direta implicação normativa da nossa natureza política. Mas significa também, e é esse um ponto fundamental, que na comunidade política não há e não pode haver nenhum soberano, no sentido moderno do termo, ou seja, nenhuma “fonte” intramundana de direito da qual derive toda validade normativa, pois aquela abertura que o ideal do *rule of law* consubstancia antes de qualquer outra coisa decorre da nossa experiência de uma tensão entre a contingente ordem da sociedade e as exigências de uma validade que transcende essa ordem e será sempre, em última instância, o fundamento de qualquer ordenação humana. Não está para nós franqueado o caminho da abolição daquela tensão nem mediante uma substituição funcional do absoluto nem mediante um fechamento na imanência, pois *somos* abertos mas, ao mesmo tempo, imperfeitos, e são como tais imperfeitas as nossas construções¹²³⁷. O *rule of law* é então uma categoria metajurídica que traduz para o domínio da realidade político-jurídica a tensão que experimentamos naquela *metaxy*

¹²³⁵ Philip Reid, *Rule of Law...*, op.cit., pp. 11-3.

¹²³⁶ Hayek mantém à sua maneira viva essa compreensão do *rule of law* quando o qualifica como “a meta-legal doctrine or political ideal” que permite distinguir um direito verdadeiro e uma lei “em sentido material” (*The constitution of liberty*, London/New York, Routledge, 2006, pp. 133-4, 136 e 180/1).

¹²³⁷ No que concerne ao direito ou a qualquer normatividade, nunca pode haver, por força da estrutura mesma da realidade, aquela completa realização da essência na existência nem aquela total penetração da existência pela essência que Alexandre Kojève sugere que haveria numa sociedade homogênea e universal a alcançar no fim da história (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 94).

em que vivemos. Somos por nossa humanidade concomitantemente abertos para a fonte transcendente da ordem e limitados pela inelutável circunstância de sermos apenas parte de um todo em que o todo, evidentemente, não cabe, e de um todo cujas dimensões axiológico-normativas nos escapam em razão das perturbações e distrações das nossas paixões. A parte divina que temos em nós nos proporciona vislumbres da verdade, daquilo que é verdadeiramente bom e justo, mas a nossa parcialidade limita o que podemos ver e nossas paixões não só nos distraem como também nos desviam mesmo daquelas exigências axiológico-normativas que somos capazes de claramente perceber. Uma ordem política apropriada para habitação por nós precisa então ser aberta e contar com vias de acesso às exigências axiológico-normativas a que nossa comunidade está sujeita, mas nós e conosco a própria comunidade precisamos estar sujeitos a limites e restrições que protejam aquela abertura e privilegiem a estabilização daquelas exigências, o que significa na prática que nada nem ninguém neste mundo pode ter poder absoluto e ver realizada uma sua eventual pretensão a governar absolutamente¹²³⁸. Certamente, muitos desdobramentos institucionais e normativos dessa compreensão do *rule of law* são capazes de sobreviver ainda quando o seu sentido original tenha sido esquecido e os seus fundamentos antropológico-filosóficos tenham sido rejeitados¹²³⁹. Mas o perigo é evidente, e certamente não é à toa que todas aquelas invenções da prudência política republicana derivadas diretamente daquela ideia original do *rule of law* são escandalosamente negligenciadas pelas propostas político-filosóficas que a desligaram das suas fontes. Os liberais contemporâneos, assim como os comunitaristas e os teóricos da democracia procedimental, parecem desconhecer completamente os perigos do fechamento da ordem da sociedade na imanência e aparentemente também já esqueceram que não somos confiáveis e precisamos

¹²³⁸ O *rule of law* que estamos aqui a caracterizar é uma categoria metajurídica e, como tal, também metaconstitucional. De todo modo, a categoria jurídico-constitucional do atual Estado Democrático de Direito incorpora essa exigência do *rule of law*, na medida em que busca conciliar as exigências da *legitimidade* democrática do poder e da *legitimação* democrática do seu exercício com a sujeição de todo poder a princípios e regras jurídicas incorporados pela Constituição mas radicados em última instância na consciência jurídica geral ou numa “ideia de direito” que traduza as exigências materialmente-normativas de um «bom direito» ou de um «direito justo» (José Joaquim Gomes Canotilho, *Estado de direito*, 1ª ed., Lisboa, Gradiva, 1999, pp. 30-2 e 51/2).

¹²³⁹ É o caso, por exemplo, daqueles atributos de um modernizado e normativamente rarefeito *rule of law* que em verdade mais concerne aos atributos da legislação e em quase nada lembra o sentido e menos ainda os fundamentos dessa ideia que estamos a tentar recuperar (referimo-nos, especialmente, àqueles relevantes “princípios da legalidade” que constituem uma certa “moralidade interna do direito” defendida por Lon L. Fuller em *The morality of law*, 2ª ed., New Haven/London, Yale University Press, 1969, esp. pp. 33 e ss.).

estar sujeitos a eficazes controles institucionais e fundamentais limitações normativas. Basta ver que no debate político contemporâneo ou o direito sequer é tematizado ou já não se impõe ao poder como uma instância indisponível¹²⁴⁰. Talvez ainda mais importante, portanto, do que a defesa de uma específica compreensão do fenômeno jurídico, é a restauração da ideia fundamental de que *alguma* normatividade há para além da política e de que todo poder político deve estar a ela eficazmente submetido. Era esse o objetivo desse nosso excuro sobre o *rule of law*. Só com essa etapa cumprida, e sabendo já, portanto, que a ordem política deve manter-se aberta a uma normatividade que transcende a própria comunidade, poderemos tratar do problema das vias de abertura e das diversas intencionalidades que nessa abertura se descortinam, assim como da questão, para nós central, da articulação na ordem dessas diferentes intencionalidades.

3.2. A articulação, na ordem, do político e do jurídico

Um problema que a filosofia política clássica e a tradição do *rule of law* deixaram por resolver é o da diferenciação entre as intencionalidades do político e do jurídico. Sustentamos que uma autêntica ordem política deve ordenar-se ao bem comum e à justiça, e que o *rule of law* é a categoria que correspondentemente sintetiza, antes de qualquer outra coisa, a exigência de uma abertura da ordem política para uma normatividade que orienta a comunidade ao bem comum e ao que é verdadeiramente justo. A par disso, já havíamos anteriormente defendido que o direito constitui uma validade normativamente fundamentante que vai se constituindo em resposta ao problema do justo concreto. Essa delimitação da intencionalidade do direito não permite, portanto, que aquela abertura a uma normatividade que encerra exigências concernentes ao bem comum se traduza naquilo que nós consideramos ser mais estritamente o direito. Parece-nos um erro reconduzir as exigências do bem comum ao domínio da juridicidade, e sustentar, como que numa quase necessária

¹²⁴⁰ É precisamente nesse sentido a crítica que com toda justiça dirigiu Rhonheimer à resistência comunitarista: a prevenção dos comunitaristas em relação ao liberalismo dos *liberals* americanos fez com que negligenciassem a sabedoria política da tradição do liberalismo e a relevância das condições institucionais de uma liberdade que deve ser assegurada à pessoa na medida em que é um ser que transcende a comunidade política e se ordena a um bem que está para além dela (Martin Rhonheimer, “The liberal image of man and the concept of autonomy: beyond the debate between liberals and communitarians”, *The common good of constitutional democracy. Essays in political philosophy and on Catholic social teaching*, William F. Murphy Jr. [ed.], Washington, The Catholic University of America Press, 2013, esp. pp. 52/3, 64 e 69).

implicação desse erro, que a prática jurídica é diretamente orientada à realização das exigências do bem comum. Acreditamos, ao contrário, que o problema do bem comum e o problema do justo concreto são problemas muito diferentes, a convocarem validades diferentes e a mobilizarem instâncias diferentes. O enfrentamento do problema da articulação do político e do jurídico, de que não podemos nos desviar para estabelecer os limites jurisdição, requer, portanto, uma superação daquela indiferenciação entre o bem comum e a justiça.

3.2.a) O domínio, a intencionalidade e os limites da política

O debate político contemporâneo gira em torno da questão relativa às “concepções do bem” e da sua relevância política. Há aqueles que sustentam que a ordem política deve ser organizada de tal forma que cada um persiga livremente o bem que escolha para si, e aqueles que entendem que o bem tem uma dimensão comunitária e deve orientar a ação política. Mas se nos voltarmos para a realidade, o que vemos por todos os lados não é nem uma política retraída preocupada com a manutenção das condições em que cada um possa perseguir os bens que escolher para si, nem uma política orientada a quaisquer articuladas compreensões do que seja o bem para nós. O que domina a paisagem é a onipresença de um desorientado e invasivo *managerial state* acobertado pela ideologia de uma vaga “justiça social” em nome da qual distribui prodigamente direitos de toda espécie e, a pretexto de realizá-los, usurpa todas as esferas. O projeto político dos *liberals* já não mantém nenhum vínculo com a tradição do *rule of law* e, pela maneira como entende a liberdade, assim como pela sustentação que preferencialmente dá ao *welfare state*, negligencia o problema da limitação institucional do poder e ainda encoraja a superação de um governo *under law* por um tecnocrático *big government* que já não conhece efetivos limites. O democratismo das teorias críticas, com a sua ideologia de uma revolução permanente e o compromisso que tem com a expansão incontida de todas as espécies de direitos, esquece, por sua vez, que sem moderação a democracia degenera, que a multiplicação de direitos que temos experimentado empodera a administração e estimula ainda mais a intervenção estatal, e que não é apenas o poder administrativo, mas *todo poder*, mesmo um tal “poder comunicativo”, que deve permanecer sob os estritos limites de uma juridicidade indisponível capaz

de estabilizar uma ordem justa e proteger eficazmente a liberdade¹²⁴¹. A questão em um contexto desses é, portanto, como delimitar o domínio da política e a intencionalidade da legislação, em termos que, apesar de tudo, prevaleça aquele velho ideal do *rule of law*.

A ideia moderna que de si fez o homem foi a de um ser autônomo, pelo que foi por si mesmo levado, nas palavras de Castanheira Neves, a uma “passagem da transcendência à imanência na referência significativa”, e a uma “substituição do ser pela subjetividade na referência fundamentante”. Com o que a prática “deixou de se referir a uma material axiologia pressuposta, para se assumir como tarefa da liberdade e da sua *poiesis* constitutiva”. Assim o homem moderno veio a romper com a ordem do ser e afirmar-se no domínio do político com toda essa sua nova liberdade, e, sobretudo, como um *sujeito de direitos*. Esse homem desligado da transcendência, de uma hipertrofiada autonomia-liberdade, já não tem diante de si um bem que sirva de referência à sua *praxis*. Só interesses, e na melhor das hipóteses “valores” – que, sob tais premissas, não deixam de ser, em contraste com o bem, meras projeções sociais daquela subjetividade autofundamentante. E interesses que em última instância vão agora se realizar numa sociedade que deixa para trás a comunidade, se organiza por meio de um artifício técnico-instrumental que resulta de uma “associativa autovinculação de liberdades”, e virá a constituir um Estado de mera legalidade, porque nessa legalidade se traduz afinal a dimensão social daquela autonomia individual que estava no início de tudo e em que tudo mais teria que se fundamentar¹²⁴².

¹²⁴¹ O controle legal da administração, que parece ser ainda o centro das preocupações da teoria discursiva de Habermas, foi sempre o núcleo da restritiva versão do *rule of law* incorporado pelo ideal do *Rechtsstaat* (v., nesse sentido, com ampla referência às fontes, Hayek, *The constitution of liberty*, op. cit., pp. 174 e ss.; a sublinhar o mesmo aspecto do *Rechtsstaat*, antes do advento do constitucionalismo social, v. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, tradução de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, esp. pp. 23-8; e ainda Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 96/7). Mas o constitucionalismo que o núcleo normativo do *rule of law* implica requer, como temos sustentado, um jurídico controle e uma efetiva limitação institucional de *todos os poderes*, razão pela qual é hoje ainda mais atual do que antes fora a advertência de Giovanni Sartori aos reformadores que pretendem sempre mais democracia: “The ideal of these reformers is to transform law into outright legislation, and legislation into a rule of legislators freed from the fetters of a system of checks and balances. In short, their ideal is constitutions that are so democratic that they are no longer, properly speaking, constitutions” (*Liberty and law*, California, Institute for Humane Studies, 1976, p. 39).

¹²⁴² Castanheira Neves, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., pp. 323-31.

A imagem que de si tinha o homem nesse universo parecia sedutora: a de um ousado sujeito livre, enaltecedor da própria razão e que por vontade própria arquiteta a ordem social, escolhe as próprias leis e dá sentido à própria vida – ou mesmo sentido nenhum, se achar que vive melhor assim e que sentido é coisa de quem vive à sombra de uma ordem imaginária ou de uma fantasiosa dimensão transcendente que nunca existiu. Mas a dura realidade que disso tudo acabou resultando é já algo bem diferente. Por caminhos que não convém agora considerar, o homem contemporâneo se encontra ao mesmo tempo fechado na sua individualidade e imerso numa coletivizante organização econômico-social-tecnológica que quer supostamente encorajar a sua “emancipação”, mas que, pelos invasivos meios que para isso emprega, e pela multiplicidade de tarefas que nesse desiderato toma para si, acaba por colocar a pessoa na condição de viver na mais absoluta apatia, quando tem para si garantido um satisfatório conforto – pois parece ser isso que para o homem-massa (Ortega y Gasset) significa o “bem-estar” –, ou na condição de um credor permanentemente insatisfeito, quando não na de um sempre inconformado injustiçado, sempre que a sociedade deixa de assegurar os seus incontáveis direitos – pois agora todas as dimensões da vida parecem traduzir-se em direitos que fazem do Estado um sujeito passivo universal de quem tudo em última instância depende, e de quem tudo, por consequência, pode ser reclamado (trabalho, cultura, lazer e tudo mais)¹²⁴³. Então o homem ocidental é agora o mais livre que já habitou o planeta, porque até mesmo o bem constitutivo da sua identidade escolhe, e ao mesmo tempo não se lhe imputa responsabilidade nenhuma, pois vive imerso numa organização que em tudo interfere, que tudo planeja e que tudo disciplina, a pretexto de dar àquele indivíduo tudo de que ele precisa para viver a ilusão de poder perseguir confortavelmente o seu escolhido bem. Somos então não mais membros de uma comunidade política, e sim um bando desintegrado que já nem sabe realmente por quem e para que é governado¹²⁴⁴. Mas o que claramente se percebe, e é mesmo o que se professa, é que o nosso governo se dá sempre no interesse de alguém. E dificilmente esse interesse é “nosso”. Há interesses de todo tipo. Declarados, disfarçados e escondidos. De todos os grupos e minorias que se pode imaginar: os empregados, os empresários, os ruralistas, os

¹²⁴³ Castanheira Neves, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., pp. 331-5.

¹²⁴⁴ O moderno *animal laborans* é afinal como o *homo faber* um animal apolítico, um sujeito que vive para uma vida mais fácil e longa e que ao promover assim a utilidade à significância acaba com o significado (Hannah Arendt, *A condição humana*, op. cit., pp. 167-87, 220 e 241-6).

indígenas, os evangélicos, os católicos, os muçulmanos, os umbandistas, os ateus, os idosos, as crianças, as mulheres, os fornecedores, os consumidores, os negros, os brancos, os pardos, os investidores, os sem-teto, os sem-terra, os sem-escola, os encarcerados, os desempregados, os armamentistas, os pacifistas, os ambientalistas, os servidores públicos, os autônomos, os artistas, os intelectuais e assim por diante. Todos, evidentemente, com os seus particulares interesses. E todos a reclamar da burocracia estatal algum tipo especial de proteção, ou a garantia de um privilegiado espaço, ou algum tipo de compensação, de subsídio, de estímulo ou até de reparação por males do passado que já não são imputáveis a ninguém especificamente. Só que por trás da burocracia estatal há pessoas. Pessoas vinculadas a esses grupos, comprometidas com os seus interesses, ou dedicadas apenas aos seus próprios interesses pessoais. E é sempre a pretexto de realizar, atender, satisfazer esses muitos interesses, legítimos ou não, declarados ou não, que a burocracia estatal vai alargando continuamente o âmbito das suas atribuições e penetrando cada vez mais fundo na vida de todo mundo. Para dar a tudo isso uma bela roupagem, se apropria de *slogans* que acabam por inevitavelmente usurpar algo que seria por si mesmo valioso e digno de legítima proteção: a “justiça social” é coisa tão vaga e porosa que exclui ou deixa obscurecida a questão do que é verdadeiramente justo; os “direitos fundamentais” são agora tão numerosos, e tão vagas as suas implicações, que a confusão acerca do que é de fato um direito, e de quais deles são verdadeiramente fundamentais, parece insuperável; a “inclusão social” é um projeto tão abrangente que faz parecer que tudo que precisa ser sabe-se lá onde incluído jamais caberia em lugar nenhum, e com isso aqueles que precisam verdadeiramente de um solidário resgate ficam muitas vezes esquecidos, pois não passam de números num dessensibilizado projeto globalizante que só vê o todo da “sociedade”; a “dignidade da pessoa humana” serve para tudo, legitima qualquer pretensão e banaliza o que significa ser de fato uma pessoa, obscurecendo o problema de quais são verdadeiramente os seus direitos e também as suas responsabilidades; e os “princípios” se tornam artifícios retóricos invocados *ad hoc* com o significado que for, para justificar qualquer precipitada inovação, deixando a nossa rica cultura jurídica a mercê das mais pitorescas e irresponsáveis invencionices. Então somos no final das contas indivíduos desfragmentados entregues à arbitrariedade de uma gigantesca organização impessoal que já não tem referências, mas se legitima propagando

slogans e se valendo de uma lei em que não se reconhece senão um mero “instrumento da teleologia e da intervenção econômico-sociais”¹²⁴⁵.

O desafio, nesse confuso contexto, é recuperar a convergência entre o bem e o comum¹²⁴⁶. E por mais que possa parecer esse um empreendimento vão, não acreditamos que uma tal tarefa possa ser simplesmente posta de lado sem renunciarmos à nossa humanidade. Tem razão Castanheira Neves quando, diagnosticando a nossa situação presente, caracteriza a atual política como “o mundo do poder e da decisão”, um mundo “polarizado no irracional”, por remeter à *voluntas* e “à sua essencial irracionalidade”¹²⁴⁷. É isso, afinal, o que friamente se vê. Mas o nosso Professor tem igualmente chamado sempre a atenção para algo que desde o início assumimos, porque nos parece mesmo a nossa inelutável condição, a saber, aquela “condição axiológico-normativa” de um ser aberto que se interroga acerca do sentido das coisas e de si mesmo; que assim “se distancia do mundo e de si próprio e nessa distância ultrapassa o mundo e a si próprio”; um ser então que nessa transcensão se descobre, por isso mesmo, como alguém capaz de dizer “não” ao mundo tal como o encontra e de numa intenção aos fundamentos lhe pôr *exigências* que se traduzem na linguagem do bem e da justiça. E nisso tudo nos encontramos não só com as nossas possibilidades, mas nos deparamos também com uma *tarefa espiritual* à qual não podemos renunciar sem uma recusa da nossa humanidade e sem prejuízo da nossa dignidade¹²⁴⁸. É, portanto, *responsabilidade* nossa – porque nisso vai implicada a realização da nossa humanidade – olhar para nós mesmos e para o nosso entorno e perguntar se as coisas estão como deveriam estar, e se de algum modo podemos contribuir para estarem melhor considerando aquelas exigências que traduzimos na linguagem do bem e da justiça. Mas vai nisso também um perigo, que é o de querer fechar a realidade num sistema que sirva de modelo à sociedade e nos encorage a assumir uma tarefa que não é nossa e que não poderíamos realizar: a de instaurar, neste mundo, uma ordem perfeita. Só pode tomar para si esta tarefa uma alma desordenada que já não mantém a abertura para

¹²⁴⁵ Castanheira Neves, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., pp. 334/5.

¹²⁴⁶ Daniel Innerarity, *Dialéctica de la modernidad*, op. cit., pp. 145/6

¹²⁴⁷ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 30; idem, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., p. 316.

¹²⁴⁸ Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., pp. 845-8; idem, “A revolução e o direito...”, op. cit., esp. pp. 121/2 e 137/8.

a transcendência e perde com isso o senso da realidade, e mais especificamente da distância a que está, por sua própria humanidade, de tudo que é perfeito e eterno. É esse um perigo muito real, e um perigo também para os outros, porque essa doença da alma, essa “pneumopatologia”, como a designa Voegelin, é uma das fontes da desordem social e uma das causas das maiores calamidades que já experimentamos¹²⁴⁹. Temos então que lembrar novamente daquela nossa condição intermediária, e com isso restringirmo-nos às modestas contribuições que aqui e ali podemos tentar dar sem nenhuma pretensão de remodelar ou dar as diretrizes para uma reconstrução da ordem da sociedade. Com o que nos vemos a tirar uma conclusão e a nos impor uma limitação: podemos sim, e inclusive devemos, nos dirigir criticamente àquela realidade política e fazer algumas exigências, mas nos estritos limites das nossas capacidades, e, por ousados que possamos ser, sempre com toda cautela, pois também de algum modo tudo que aí está tem sempre alguma razão para aí estar, e não podemos presumir que as nossas ideias de como deveriam estar são suficientes para pôr as coisas nos trilhos e não levam consigo o risco de um completo descarrilamento. Com esse senso de responsabilidade e com a consciência dos limites que devemos impor à própria ousadia – mas também, é claro, para mantermo-nos atentos ao escopo deste específico trabalho –, nos restringiremos a sugerir que o bem comum é sim a intencionalidade da autêntica política e o *telos* da legislação, acrescentando a isso apenas algumas considerações muito gerais acerca da necessidade de que se mantenha a lei presa à sua intencionalidade para que a política não avance sobre certos domínios que não são os seus, incluindo, evidentemente, o domínio da juridicidade e da prática jurídica.

Quanto à questão da intencionalidade da política, não nos parece que a resposta esteja longe, pois certas premissas já estabelecidas e que em parte correspondem à nossa profissão de fé implicam desde logo que tenhamos que nos perguntar, quando estejamos *nós* em causa, o que é bom *para nós*. A alternativa é substituir o problema do que é bom para nós pelo do que é bom para cada um de nós. Mas para constituirmos uma comunidade plural de pessoas livre e iguais, temos obrigatoriamente que nos perguntar e debater acerca do que é bom para nós, pois uma alternativa em que cada um leva para a esfera pública apenas a questão do que é bom para si, e o que corresponde aos seus eventuais interesses, pode até dar

¹²⁴⁹ Voegelin, *Hitler e os alemães*, op. cit., pp. 121 e 145-7.

lugar a eventuais concertações, mas contrasta com a exigência de que na unidade de uma pluralidade o outro seja visto como cada um vê a si mesmo, ou seja, como alguém que é ordenado ao próprio bem e que não pode ser reduzido a um fim para a realização do bem dos outros. Uma condição da comunidade é, portanto, que ninguém seja tratado como meio¹²⁵⁰.

Um grupo de indivíduos movidos pelo egoísmo pode até chegar a um acordo que realize o interesse de cada um a despeito de qualquer preocupação com o bem dos outros. Mas o que a dignidade da pessoa *exige* é que o seu bem seja considerado, e isso impõe aos outros uma *preocupação* com o seu bem. Quando nos reunimos para tratar da nossa vida comum não podemos e não devemos, portanto, evitar ou tangenciar o problema do nosso bem comum, ou seja, daquilo que vai além de um casual encontro de interesses e concerne verdadeiramente a um bem que é de uma só vez da comunidade e dos seus cidadãos. Por isso que um dos elementos de uma autêntica comunidade política é algum tipo de amizade cívica, um certo nível de concórdia¹²⁵¹. A amizade traduz uma preocupação com o bem do outro, e por isso o oposto da concórdia é a facção¹²⁵². Os facciosos só procuram o que tem para si como sendo o seu bem. Aristóteles diz, então, que a amizade cívica é geralmente considerada o maior bem público: é a melhor salvaguarda contra a sedição¹²⁵³. O bem comum é, portanto, em primeiro lugar, um bem... *comum*. O que quer que seja atribuível ao interesse faccioso de uma parte apenas da comunidade e não possa sequer convergir com o bem dos demais cidadãos fica excluído do que se possa considerar um bem comum. Mas uma vez estabelecida essa trivialidade, somos imediatamente interpelados pelo problema do que pode ser considerado aí um bem, de modo que se possa apreciar quando estamos verdadeiramente diante de um *bem* comum, e não apenas de um interesse convergente.

¹²⁵⁰ Luis Fernando Barzotto, *A democracia na Constituição*, São Leopoldo, UNISINOS, 2003, pp. 178. Martin Rhonheimer invoca a esse propósito a regra de ouro e sustenta que o pressuposto mesmo da cultura política de um Estado constitucional democrático é um *ethos* de solidariedade (“The democratic constitutional state and the common good”, *The common good of constitutional democracy. Essays in political philosophy and on Catholic social teaching*, William F. Murphy Jr. (ed.), Washington, The Catholic University of America Press, 2013, pp. 85-8)

¹²⁵¹ Aristóteles, *Política*, IV, 11, 1295b1-96b12.

¹²⁵² Aristóteles, *EN*, IX, 6, 1167a22-b16.

¹²⁵³ Aristóteles, *Política*, II, 4, 1262b7-9.

A resposta para isso parece-nos passar pela compreensão de que algo pode ser considerado uma exigência do bem comum quando está inclusive para além do mero *interesse de todos*. O interesse de todos, se é que é possível, não passa de uma mera convergência de interesses particulares que não tem sequer como ser aferida em uma larga comunidade política¹²⁵⁴. E um interesse particular pode ser, por sua vez, satisfeito por uma exigência do bem comum. Dois exemplos hipotéticos que mostram isso facilmente. Suponhamos que uma comunidade política inteira, todos e cada um dos seus cidadãos, se beneficiem da expoliação de uma outra comunidade política. Tanto a comunidade quanto todos os seus cidadãos tornar-se-ão mais ricos e mais seguros, e terão, portanto, melhores condições de perseguir o bem da comunidade e, cada um, o seu bem particular. Ocorre que nem a comunidade, nem todos os cidadãos, nem cada um em particular, *se torna* melhor quando enriquece e reforça a sua segurança mediante a expoliação de outra comunidade. Não me torno melhor, mas pior, quando tomo para mim algo que não é meu e não me é devido, independentemente das consequências e mesmo que disso eu tire apenas vantagens. A questão está, portanto, no valor intrínseco do ato, e não nas consequências. A grande questão é se com o meu comportamento estou me encaminhando para o meu aperfeiçoamento ou me desviando disso. O mesmo vale para a comunidade. Vejamos então se um segundo exemplo confirma o argumento.

Suponhamos que uma pequena e irrelevante porção do território de uma determinada comunidade política está ameaçada de invasão, e que nesse pequeno espaço viva uma comunidade indígena isolada. A comunidade política agressora dispõe de meios militares que permitem prever que um eventual conflito provocará grandes baixas e um enorme sacrifício para a maioria dos cidadãos. Sabe-se que os agressores desprezam as comunidades indígenas e, se vierem a anexar aquele território, subjugarão os seus habitantes. O quadro ainda piora porque se sabe que

¹²⁵⁴ Essa é, inclusive, uma das objeções que se levanta contra a possibilidade de um bem comum, conforme recorda Leo Strauss referindo-se a uma premissa da ciência política empiricista já estabelecida por Hobbes contra toda a velha filosofia política: “the new political science appears to teach that there cannot be a substantive public interest because there is not, and cannot be, a single objective which is approved by all members of society: murderers show by their action that not even the prohibition against murder is strictly speaking to the public interest. [...] Be this as it may, this denial of the common good is based on the premise that even if an objective is to the interest of the overwhelming majority, it is not to the interest of all: no minority, however small, no individual, however perverse, must be left out. More precisely, even if an objective is to the interest of all, but not believed by all to be to the interest of all, it is not to the public interest: everyone is by nature the sole judge of what is to his interest; his judgement regarding his interest is not subject to anybody else’s examination on the issue whether his judgement is sound” (“An Epilogue”, op. cit., pp. 219/20).

mesmo em caso de uma exitosa resistência militar da comunidade política inteira, aquela pequena comunidade indígena será de alguma forma sacrificada, porque o confronto se dará numa terra cujos habitantes consideram sua e pela qual farão questão de lutar. Provavelmente a resistência não trará benefícios a ninguém, e certamente não atenderia aos interesses de todos os cidadãos. Mas qual dos cursos de ação fará dessa comunidade política uma comunidade melhor? E que decisão devem os seus cidadãos tomar, supondo que sejam consultados ou decidam juntos? A resistência não parece atender aos interesses nem de todos nem muito menos da maioria. Mas talvez seja *a coisa certa a fazer*. Se for, fará de toda a comunidade, e de cada cidadão que der suporte a esse esforço, algo ou alguém melhor. Esse é um problema muito real que se coloca com toda relevância no mundo de hoje, em situações que mostram com ainda mais drasticidade a diferença entre o bem e o interesse, e entre o bem comum e um eventual interesse de todos. Cada comunidade política que deixa de se empenhar, na medida das suas possibilidades, para impedir o genocídio de uma população distante com a qual não mantém nenhum tipo de relação e da qual não tira nenhuma vantagem, está militando contra o seu bem e o bem de seus cidadãos. Ao passo que aquela comunidade política que, em sentido oposto, destaca cidadãos e emprega recursos para combater o genocídio de uma população de desconhecidos, tendo para isso que se sacrificar sem esperar nenhuma vantagem, se torna ela mesma uma comunidade melhor, assim como se torna alguém melhor cada um dos cidadãos que dá suporte àquele esforço. *Porque é essa a coisa certa a fazer*. Os brasileiros – e a ilustração é só para deixar claro que não se está a apontar o dedo aos outros – não estão favorecendo em nada o seu bem quando, tendo a oportunidade, deixam de se empenhar como poderiam para que as meninas de uma determinada etnia ou religião deixem de ser subjugadas e transformadas em escravas sexuais em algum remoto lugar do mundo por grupos que fazem isso sistematicamente, professando ou não que tal abominável prática está de acordo com a sua concepção das coisas¹²⁵⁵.

Se isso tudo for verdade, uma compreensão do que seja o bem comum passa por uma diferenciação entre o que é o bem e o que é o interesse, entre o que é certo

¹²⁵⁵ Essa maneira de perspectivar o bem comum parece corroborada por Jaques Maritain quando o remete à categoria do *bonum honestum*: “il bene commune non è soltanto un insieme di vantaggi e di utilità, ma retitudine di vita, fine buono in sé, – ciò che gli antichi chiamavano *bonum honestum*, bene onesto” (*La persona e il bene comune*, op. cit., p. 32).

e o que é uma vantagem. Não há chance alguma de restabelecer toda dignidade do bem onde impere o utilitarismo, o consequencialismo, o funcionalismo ou qualquer outra concepção que reduza o bem a qualquer outra coisa que seja algo menos do que pura e simplesmente o bem – o bem *simpliciter*¹²⁵⁶. E aqui não vem ao caso discutir se uma concepção deontológica da ética e da juridicidade seria porventura superior ou preferível a essa concepção axiológico-normativa que privilegia a coisa certa a fazer, pois, além de não ser essa a temática relevante para o presente argumento, temos a impressão de que toda discussão que fizemos acerca do fenômeno jurídico aponta no sentido de que o bem tem uma certa precedência ontológica sobre a regra: salvo quando o bem exige uma prévia determinação normativa, é a coisa certa a fazer que dá validade à norma, e não a norma que, em última instância, confere à ação a sua correção; e quando, por outro lado, o bem exige uma prévia determinação normativa para que se delimite a ação devida, a ação conforme à regra será a ação correta porque a realização do bem em causa exigia uma prévia determinação normativa (havendo, por exemplo, uma regra determinando em que lado da via os carros devem transitar, o correto é transitar no lado determinado pela regra, pois para a realização dos bens em causa o que importa é que todos os carros trafeguem pelo mesmo lado, independentemente de qual seja). Por mais que se tente pré-estabelecer métodos ou critérios normativos que nos deem de antemão uma maneira de chegar à coisa certa, ao que corresponde nas circunstâncias ao bem, seremos sempre novamente atirados para a incerteza. A intenção de uma certeza acerca das coisas humanas que concernem ao bem nos escapa irremediavelmente. Mesmo uma empenhada tentativa de traduzir e explicar o bem comum por referência a certos “bens básicos” referidos à nossa natureza acabam por nos colocar diante de questões tão imponderáveis quanto aquelas que levam Luhmann a rechaçar o consequencialismo no domínio da juridicidade: a orientação pelas consequências das decisões, considerando os padrões das ciências empíricas, não é nada, segundo ele, além de imaginação com efeitos jurídicos¹²⁵⁷. Qualquer tentativa de dar conteúdo ao bem comum arrolando bens implicados na nossa plena realização e que devam ser assim buscados à

¹²⁵⁶ Parece-nos ser esse o sentido da terceira característica atribuída por Maritain ao bem comum: “A third characteristic has to do with the *intrinsic morality* of the common good, which is not merely a set of advantages and conveniences, but essentially integrity of life” (“The rights of man and natural law”, op. cit., p. 71).

¹²⁵⁷ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., p. 338.

maneira de fins externos a nós nos levará sempre de volta à inquietante e inevitável questão do que é nas circunstâncias o bem simplesmente ou a coisa certa fazer¹²⁵⁸, e ainda corre o risco de levar a um esquecimento do papel da prudência¹²⁵⁹. Então o mais apropriado e conforme à realidade das coisas humanas é evitar qualquer ideia do bem comum como um pré-estabelecido e materialmente bem definido objetivo ou cujas exigências possam ser desde logo atribuídas ao privilegiado conhecimento de alguém¹²⁶⁰.

Mas o problema, digamos, epistemológico do bem comum – como sabermos nós cidadãos qual é para nós *enquanto cidadãos* a coisa certa a fazer? –, não é tão importante quanto aquilo que a pergunta já pressupõe: acerca disso, nós *algo* podemos saber. Não com certeza, mas podemos. Temos nós como alcançar uma plena concórdia e em completa disposição para o bem dos outros discernir sempre com segurança o que é bom para nós? Claro que não. Também quanto à verdadeira amizade, e logo quanto à amizade cívica, o critério é o *spoudaios*, pois só ele deseja para os outros todo verdadeiro bem que deseja para si e sabe sempre o que é o melhor para si como para os outros, agindo, ademais, sempre em conformidade a esse saber¹²⁶¹. Isso pode ser desanimador, porque ninguém que tenha uma alma

¹²⁵⁸ Temos disso um bom exemplo na compreensão proposta por John Finnis, na medida em que considera o bem comum mais ou menos bem definido por referência a um certo rol de bens básicos (a vida, o conhecimento, a ludicidade, a experiência estética, a amizade, a religião e a liberdade na racionalidade prática) que seriam igualmente de todas e cada uma das pessoas e dariam conteúdo à seguinte definição: o bem comum é “a set of conditions which enables the members of a community to attain for themselves reasonable objectives, or to realize reasonably for themselves the value(s), for the sake of which they have reason to collaborate with each other (positive and/or negatively) in a community” (*Natural law and natural rights*, op. cit., p. 155). Uma tal definição exigiria que a decisão de enviar soldados à guerra para salvar umas centenas de meninas do outro lado do mundo passaria por uma avaliação de se isso constituiria ou contribuiria para constituir as “condições” para que os cidadãos pudessem razoavelmente participar por si mesmos naqueles bens, e isso evidentemente obscureceria o problema decisivo, relativo à coisa certa a fazer, além de acabar por exigir uma comensuração de “bens básicos” que são, supostamente, igualmente básicos, e que ainda deixariam tudo por resolver ou resolveriam por antecipação o problema de uma forma que nos parece contraintuitiva em uma ética da virtude, já que os cidadãos provavelmente não poderiam ir à guerra “por si mesmos” e não teriam como realizar colaborativamente “por si mesmos” certos valores que entram em jogo quando se trata de evitar o genocídio e outros crimes contra a humanidade.

¹²⁵⁹ Josep Pieper destacou muito pertinentemente que uma sobrevalorização do que chamou de “casuística”, aquela nossa tendência a ordenar minuciosamente a praxis por meio de regras, decorre de uma natural aspiração humana à segurança, à certeza, mas desconsidera a infinita multiplicidade do bem e, por paradoxal que possa parecer, acaba por revelar-se uma tarefa “inumana” cuja tentativa de realização implica “uma confusão entre modelo e realidade”, com prejuízo para a realidade, e ainda leva ao esquecimento da prudência (*La prudenza*, tradução de Giusi Pezzuto, Brescia/Milano, Morcelliana/Massimo, 1999, pp. 57-60).

¹²⁶⁰ Rhonheimer, “The democratic constitutional state and the common good”, op. cit., pp. 134 e 139.

¹²⁶¹ Aristóteles, *EN*, IX, 4, 1166a1-b2.

sadia pode achar que será capaz de vir a ser um tal *homme-mesure, le porteur vivant de la norme*, como viria a caracterizá-lo Aubenque em suas lições sobre a prudência¹²⁶². Mas não podemos esquecer que o que Aristóteles queria simbolizar com essa curiosa figura é algo de que nós todos somos em alguma medida capazes, por nossa comum abertura para a realidade do bem. Não podemos chegar a *ser o spoudaios*, mas podemos experimentar o *evento* que ele simboliza. O que significa que não podemos ter a verdade e o bem num conjunto de proposições, mas podemos, apesar disso, nos abrir para o que é verdadeiramente bom e ter aqui e ali aquela experiência de uma alma permeada pela verdade que o *spoudaios* representa¹²⁶³. Mais importante do que a busca obstinada da certeza é essa abertura e a consciência de que "também a sociedade humana vive da presença pública da verdade", de forma que teremos enquanto comunidade uma existência tanto mais rica quanto mais abertos estejamos para a verdade¹²⁶⁴. A negação do bem e a exclusão da possibilidade de um bem comum é talvez mais dogmática do que os dogmatismos contra os quais essas posições são afirmadas, pois contrariam uma experiência que qualquer pessoa normal habitualmente tem. Talvez não se possa demonstrar em termos argumentativos irresistíveis que o bem existe, assim como também não é possível demonstrar que não existe. Mas a experiência do bem é inegável e particularmente interpelante quando se nos descortina o seu oposto, em um mal grave e flagrante. A única objeção que se pode opor a isso é a incerteza, o fato irrefutável do desacordo e a falta de garantias. Mas embora não haja garantias, e o acordo e a convicção sejam só ocasionais, deve porventura haver caminhos. Um bem conhecido, e praticado com muito êxito, é certamente o caminho do debate aberto entre pessoas dispostas a serem convencidas.

Hannah Arendt nos fez lembrar que somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que veem o mesmo na sua mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna¹²⁶⁵. E Michael Sandel acertou na crítica com a qual encerrou a sua

¹²⁶² Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., pp. 40/1 e 50.

¹²⁶³ Voegelin, *Anamnese da teoria da história e da política*, op. cit., pp. 190/1.

¹²⁶⁴ Pieper, *La giustizia*, op. cit., 113.

¹²⁶⁵ Hannah Arendt, *A condição humana*, op. cit., pp. 67.

apreciação da teoria da justiça de Rawls, destacando que o liberalismo esquece que, quando a política vai bem, podemos conhecer um bem que não podemos conhecer sozinhos¹²⁶⁶. Essa é, inclusive, uma das mais importantes contribuições do pensamento político republicano, derivada do princípio romano do *quod omnes tangit* (aquilo que diz respeito a muitos deve ser decidido por todo o corpo dos cidadãos): se as deliberações públicas concernentes a toda cidade são confiadas a instituições representativas de toda cidadania, é mais provável que as decisões afirmarão o bem comum, em vez dos interesses pessoais dos governantes ou de uma facção política ou de um grupo social, protegendo os cidadãos da dominação¹²⁶⁷. De todo modo, para que a realidade venha à tona no debate e possamos conhecer esse bem de que nos fala Sandel, temos que estar alertas para o fato de que cada comunidade humana é uma comunidade de investigação prática, e a veracidade é, portanto, como em qualquer comunidade de investigação, parte do que devemos aos demais¹²⁶⁸. Alguma disposição para o bem do outro e uma boa dose de comprometimento com a verdade, que no plano ético-prático se traduz na ideia do bem, são as condições indispensáveis para que, como mencionou Sandel, a política vá bem¹²⁶⁹. A amizade cívica e a prudência têm então que encontrar na comunidade espaços para florescerem e serem cultivadas, pois, conforme ensina Josef Pieper, confirmando algumas coisas que temos vindo a dizer, a prudência é a medida do querer e do agir, mas a medida da prudência é a “coisa mesma”, a *ipsa res*, uma realidade de índole axiológica que penetra o nosso ser e culmina na ação boa, naquilo que é certo fazer nas circunstâncias, e assim nos torna melhores, já que a “obra” do agir somos nós mesmos¹²⁷⁰. Se isso for verdade, a única “consequência” que alguém pode sem risco perseguir com a ação é *ser melhor*. Uma abertura comunitária ao bem comum alcançada em espaços de debate e deliberação em que a amizade consegue florescer, e a prudência pode ser cultivada, é, portanto, a melhor maneira de nos empenharmos em nossos esforços de sermos melhores, e realizarmos assim, à medida do que nos é possível, o nosso bem

¹²⁶⁶ Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, op. cit., p. 183.

¹²⁶⁷ Viroli, *Republicanism*, op. cit., p. 27.

¹²⁶⁸ MacIntyre, “La privatización del bien”, op. cit., p. 233.

¹²⁶⁹ Sob tais pressupostos, a divergência tem inclusive um valor positivo, pois, conforme acentuou Castanheira Neves, num esforço de superação o conflito pode dar lugar a um enriquecimento cultural e possibilitar “o próprio triunfo da justiça” (“A revolução e o direito...”, op. cit., p. 185).

¹²⁷⁰ Pieper, *La prudenza*, op. cit., pp. 29, 50 e 65.

comum. E é esse um ótimo, eventualmente o mais importante, indicativo de uma política saudável.

Mas há uma ulterior condição, a que já fizemos menção, para que essa intencionalidade da autêntica política, de uma política em que nós que somos pessoas possamos nos reconhecer, fique adequadamente delimitada: o bem comum a que deve se orientar a comunidade política é apenas o bem comum *político*¹²⁷¹. E é aí que a defesa da existência de um bem comum entra realmente em causa. Os argumentos que têm sido invocados em favor da existência de um autêntico bem comunitário são parte de uma concepção política que, pelo menos desde Rawls, tem sido habitualmente chamada de “perfeccionismo”¹²⁷². O termo é, porém, enganoso, e implica um risco que não pode ser negligenciado, quando aplicado ao domínio da política, pois pode sugerir que a tradição do pensamento político-filosófico que teve origem em Platão e Aristóteles subscreve o ideal de uma ordem totalitária em que as várias dimensões da vida humana, e todos os aspectos do nosso desenvolvimento ético, devem colocar-se sob a tutela da comunidade política. Mas aqui já não vem ao caso saber se uma ou outra ideia política moderna em que sejam reconhecíveis traços de um qualquer totalitarismo são fielmente reconduzíveis ao pensamento de Platão ou Aristóteles, pois o problema que agora está em causa é o da intencionalidade da política hoje, e não simplesmente o que alguém veio a pensar a respeito no passado. Então vejamos o que aquela tradição tem hoje, em seu melhor, a nos dizer acerca dos perigos de um Estado ético eventualmente implicado na ideia de uma ordenação da política ao bem comum.

Jaques Maritain, em suas conhecidas lições político-filosóficas, parte da compreensão fundamental de que o bem comum, sendo, como de fato é, um bem *humano*, implica, na sua essência, o serviço da pessoa humana¹²⁷³. E a pessoa, como há pouco tivemos a oportunidade de recordar, tem, segundo Maritain e toda a tradição que representa, uma dimensão espiritual que estabelece uma relação direta com um absoluto transcendente ao mundo. A sua plena realização só é possível,

¹²⁷¹ Rhonheimer, “The democratic constitutional state and the common good”, op. cit., p. 135.

¹²⁷² Rawls, *A theory of justice*, op. cit., p. 25.

¹²⁷³ Maritain, *La persona e il bene comune*, op. cit., p. 18.

portanto, *nessa relação*¹²⁷⁴. O *indivíduo* que, digamos assim, a pessoa porta, é um pobre indigente cheio de necessidades que, ao entrar em sociedade, vem a integrar algo maior cujo bem é melhor que o bem de cada indivíduo que compõe esse todo. Mas quem entra em sociedade não é apenas o indivíduo. É *a pessoa inteira*. Embora o bem particular do *indivíduo* seja inferior ao bem daquele “todo” porque esse “todo” é um “todo” *de pessoas*, o bem do “todo” só é superior ao bem privado do indivíduo se serve às *pessoas* individuais e respeita a sua dignidade¹²⁷⁵. Então o bem desse “todo” político-comunitário é um bem materialmente qualificado e delimitado, porque transcende o bem privado dos *indivíduos* mas adquire conteúdo por referência ao bem das *pessoas*, e ao bem de cada uma delas se subordina porque a personalidade nos conecta com um “Todo” transcendente que é superior ao “todo” social. Dificilmente as implicações disso para uma compreensão dos limites do bem político podem ser melhor explicitadas do que pelas palavras do próprio Maritain: “in ragione della sua ordinazione all’assoluto, e per il fatto d’essere chiamata ad um destino superiore al tempo, in altri termini secondo le esigenze più elevate della personalità come tale, la persona umana, come totalità spirituale riferita al ‘Tutto’ transcendente, sorpassa tutte le società temporali ed è loro superiore; e da questo punto di vista, in altri termini riguardo alle cose *che non sono di Cesare*, la società stessa e il suo bene commune sono indirettamente subordinate al compimento perfetto della persona e delle sue aspirazioni sopra-temporali, come a um fine d’un altro ordine, e che li trascende. [...] Riguardo al destino eterno dell’anima, la società è per ogni persona ed a lei subordinata”¹²⁷⁶.

Essa delimitação do domínio do político por referência a uma realidade que está para além das coisas desse mundo é o mais firme fundamento da liberdade. À sua autoritativa afirmação Lord Acton atribuiu, inclusive, a “inauguração da liberdade”: “when Christ said: ‘Render unto Caesar the things that are Caesar’s, and unto God the things that are God’s,’ those words, spoken on His last visit to the Temple, three days before His death, gave to the civil power, under the protection of conscience, a sacredness it had never enjoyed, *and bounds it had never acknowledge; and they were the repudiation of absolutism and the inauguration of*

¹²⁷⁴ Maritain, *La persona e il bene comune*, op. cit., p. 25.

¹²⁷⁵ Maritain, *La persona e il bene comune*, op. cit., p. 37.

¹²⁷⁶ Maritain, *La persona e il bene comune*, op. cit., pp. 37/8.

freedom” (grifo nosso)¹²⁷⁷. Quer esse firme fundamento a que nos referimos seja, como sugere Acton, uma contribuição do Cristianismo apenas ou tenha antecedentes no pensamento filosófico grego, não há dúvida de que nele encontramos um dos alicerces da nossa civilização. Vamos encontrá-lo reiteradamente em nossa tradição e, apesar de toda resistência que enfrenta desde o alvorecer da modernidade, e talvez com ainda mais força em nosso tempo – por paradoxal que seja, já que a era moderna era para supostamente ser o advento da liberdade –, continua a ser a insuperável e mais inexpugnável razão para a rejeição de uma ordem mundana total que queira tomar para si a responsabilidade por todas as dimensões das nossas vidas e invadir todas as esferas da nossa existência. Mas embora essa e outras ideias, com a verdade em que em se suportam, constituam os fundamentos da liberdade, não bastam por si sós como ideias para realizar e assegurar efetivamente a liberdade e estabilizar na história aqueles tipos de ordem em que a pessoa encontra uma habitação segura. São necessárias instituições. Antes, porém, de tocarmos nesse relevante aspecto da liberdade, é preciso deixar mais claramente assentado o nexos entre a liberdade e o bem comum que vemos de algum modo pressuposto nos desenvolvimentos que nos trouxeram até aqui.

A liberdade, no entendimento que é o nosso e que queremos aqui deixar muito explícito, é uma dimensão constitutiva e uma condição da realização do bem da pessoa. E por isso mesmo o bem não é um inimigo da liberdade. É o seu próprio fundamento. Justamente porque esse bem se realiza em abertura para uma realidade que transcende a comunidade política, e pressupõe uma autotranscensão a que a pessoa não pode ser levada por nenhuma força externa, consubstanciando-se numa *relação* com um absoluto a que alguém só pode se entregar por si mesmo e numa dimensão espiritual que está fora do alcance do domínio político-comunitário, o bem comum político deve ser rigorosamente delimitado e a ação política deve às suas estritas exigências se restringir. Disso resulta um liberalismo político que corresponde muito melhor às exigências da liberdade humana do que o liberalismo contemporâneo daqueles que reduziram o bem à expressão de uma escolha individual e têm pretendido imunizar a esfera política contra as instabilidades

¹²⁷⁷ Acton, “The history of freedom in antiquity”, op. cit., p. 81.

decorrentes da problematidade do bem¹²⁷⁸. Em vez de uma autonomia que parece estabelecer-se à maneira de um fim em si mesmo, a autonomia desse mais corpulento e resistente liberalismo político que corresponde às exigências do bem humano é a autonomia de um ser ordenado ao bem, e a um bem que tem pelo menos uma de suas dimensões ligadas a uma ordem superior à ordem da comunidade e que só se realiza num domínio exterior e mais elevado que o da política. Foi provavelmente por negarem a capacidade individual de transcender a comunidade, e de ligar-se a uma ordem superior em que se realiza um bem mais elevado que o bem político, que os comunitaristas negligenciaram o problema dos limites do bem comunitário político e a relevância das instituições autenticamente liberais que asseguram à pessoa aquela liberdade devida a alguém que por sua natureza transcende a comunidade política em que vive¹²⁷⁹. A comunidade é o espaço apenas daquilo que é bom para nós *equanto cidadãos*, e deve estar sujeita a limites porque a pessoa transcende a comunidade e o que não diz respeito ao nosso eu comunitário deve ficar fora do alcance da ação política e livre da intervenção estatal. Se com isso desfrutamos de uma liberdade que nos permite escolher que bem perseguir, e que projeto de vida adotar, não é porque essa liberdade seja um fim em si mesmo, mas uma condição para a realização de um ser ligado a uma realidade que transcende a realidade comunitária e com a qual ele pode estabelecer uma relação pessoal sem a qual a sua plena humanidade não se realiza e mesmo os seus vínculos comunitários, com os deveres de solidariedade e corresponsabilidade que implicam, ficam carentes de sentido¹²⁸⁰.

Nessa articulada perspectiva que parte daquele fundamental *insight* acerca da nossa humanidade representado pela simbologia da *metaxy*, parece-nos possível dizer que o *rule of law*, a democracia, o bem comum e a liberdade se reconciliam, devolvendo à política um sentido axiológico-normativo que nunca poderia ter perdido

¹²⁷⁸ A fraqueza do liberalismo contemporâneo decorre, segundo Rhonheimer, precisamente de colocar de lado a questão do bem humano, que é, como estamos a defender, o próprio objetivo da liberdade: “the weak point of such a liberalism is its tendency to set aside the fundamental question of the human good, the very objective of freedom, insofar as liberalism speaks of only the political-legal conditions of freedom” (“The liberal image of man and the concept of autonomy...”, op. cit., p. 42).

¹²⁷⁹ “In fact, the communitarian seems to favor a certain predisposition to despise those liberal institutions that have proven to be indispensable presuppositions of a society in which every citizen enjoys the liberty that is due him as a human being and as a person who by his nature transcends the political community in which he lives” (Rhonheimer, “The liberal image of man and the concept of autonomy...”, op. cit., p. 52).

¹²⁸⁰ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 167-9.

e, adicionalmente, delimitando em termos mais satisfatórios a sua específica intencionalidade. A intenção que constitui o domínio autônomo do político, e que, portanto, orienta a política, é o *bem comum político*. Essa abertura da comunidade às exigências do bem comum cumpre a primeira das condições normativas sintetizadas pelo ideal do *rule of law*. A democracia reafirma o seu valor e vai diretamente ligada às condições da nossa pessoal realização, pois favorece a abertura da comunidade àquela dimensão do bem que é também uma dimensão do nosso eu comunitário, ao mesmo tempo em que permite que cada um de nós participe de processos decisórios em que o nosso bem pessoal e a nossa liberdade estão implicados. A delimitação do bem comum e, com isso, a salvaguarda de uma irrenunciável esfera de liberdade, permitem, por sua vez, que a pessoa possa orientar-se a um bem que transcende a comunidade e tenha resguardado da interferência política tudo que não concerne aos cidadãos enquanto cidadãos. Com o que a política começa por ter os seus limites definidos: só as exigências do bem comum político autorizam a mobilização do poder político, e, conseqüentemente, o princípio da subsidiariedade deve ser cuidadosamente preservado¹²⁸¹. Todas as iniciativas políticas que ultrapassem as exigências do bem comum político, como é o caso daquelas que se restringem à satisfação de interesses sectários, e também daquelas que invadem as várias esferas da vida que não concernem direta e estritamente ao que é bom para nós enquanto cidadãos, devem ser consideradas *ultra vires*. E isso se aplica, talvez sobretudo, às iniciativas políticas que tendam, deliberadamente ou não, a destruir ou a desestabilizar gravemente uma ordem política bem ordenada, ou ainda a perturbar relevantemente aqueles fundamentais equilíbrios que fazem de uma autêntica ordem política um lugar apropriado para a habitação humana, uma vez que, ao lograr êxito no cumprimento desse fim, a comunidade política passa a constituir ela própria um bem, e a sua preservação vem com isso a integrar o núcleo daquelas mais elevadas exigências do bem comum¹²⁸².

¹²⁸¹ “The realization of the common good in an integral sense [não, portanto, no sentido de um estrito bem comum *político*] is an aim not of political action, but of the freedom of the individual persons living in society: through their actions as free citizens, as members of various social groups, as believers, as members of churches, parents, businesspeople, and so on. The state, politics, public authorities must not try to usurp the place of society. Respecting the principle of subsidiarity, they must stimulate and regulate social forces and the initiative of individuals, while guaranteeing fundamental respect for the rights of all. To confuse the integral common good with the political good would be, in the best case, to convert the state into an assistance agency; in reality it would be an essentially totalitarian option” (Rhoneimer, “The democratic constitutional state and the common good”, op. cit., p. 135).

¹²⁸² Esse relevantíssimo aspecto do bem comum político foi justamente destacado por Gregory Froelich, em sua interpretação de Tomás de Aquino (“The equivocal status of *bonum commune*”, op.

3.2.b) *Lex*: a validade na perspectiva do político

Uma vez que estão circunscritos o domínio, a intencionalidade e os limites gerais da política, é possível delimitar a intencionalidade da lei. O bem comum é a validade na perspectiva do político. Quando a comunidade se abre perguntando o que é afinal bom para nós *enquanto cidadãos*, estabelecem-se as condições para uma permeabilização da ordem por exigências de uma normatividade que concerne estritamente ao que a comunidade deve fazer *enquanto comunidade e para o bem comum de seus cidadãos*. O debate legislativo é uma via institucionalizada para a abertura da comunidade às exigências de uma validade que diz respeito exclusivamente a isso, ou seja, ao bem comum político. E toda normatividade se estabelece na tensão entre as circunstâncias que a convocam e as exigências que a transcendem; é a objetivação de uma nossa resposta para o problema do que exigem as circunstâncias de um contexto problemático por referência a uma validade para a qual nos abrimos em busca de uma solução. No domínio da legislação não é diferente, e a lei é, portanto, o meio de consubstanciação ou densificação de uma validade que se descortina na perspectiva do político, em resposta ao problema das exigências normativas do bem comum político.

A lei verdadeira, ou a lei válida, a lei a que se pode atribuir uma “razão de lei”, é, portanto, aquela que ordena convenientemente a conduta da própria comunidade e a conduta dos seus cidadãos à realização do bem comum político¹²⁸³. Dessa compreensão, e considerando as premissas previamente estabelecidas, derivam certos limites que toda legislação deve observar. A lei válida é aquela, em primeiro lugar, que não ultrapassa nenhum daqueles limites que precisam ser respeitados pela comunidade para que os seus cidadãos possam cuidar de todas aquelas dimensões da sua existência que não concernem à vida política. Se é verdade que a nossa plena realização só é possível no contexto de uma comunidade política, é

cit., p. 53), e por Lawrence Dewan, em crítica à compreensão da comunidade política defendida por John Finnis (“St. Thomas, John Finnis, and the political good”, op. cit., esp. pp. 339/40 e 374).

¹²⁸³ Não encontramos, portanto, nenhuma razão de índole filosófica ou político-normativa para abandonar aquela que sempre foi a compreensão da lei como uma *ratio* e a convocar, também ela, um saber (v. Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, traduzido por Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 18/9 e 30; Carl Joachim Friedrich, *La filosofía del derecho*, traduzido por Margarita Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 34, 57 e 64). O legislador, como qualquer agente cuja *praxis* tenha a sua referência última em uma validade axiológico-normativa, deve manter-se sempre na condição de um “servidor da realidade” (Carpintero, “Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural”, op. cit., p. 189).

também verdade que a razão de ser da ordem da sociedade é a de permitir que os seus cidadãos ordenem as próprias vidas no sentido do bem e da verdade¹²⁸⁴ – e com isso deverão, evidentemente, vir preservadas a esfera da consciência e as suas expressões, a esfera da espiritualidade e a prática religiosa, a esfera da família e a intimidade familiar, a esfera do conhecimento e a prática da investigação, a esfera do trabalho e a livre iniciativa, e assim por diante¹²⁸⁵. Nessa perspectiva, as exigências da generalidade e da abstração adquirem um sentido substancial, pois refletem a imposição que se faz ao legislador no sentido de que se restrinja a tratar do que concerne ao bem comum e não ultrapasse o domínio do político mediante uma intervenção em situações concretas que não digam respeito ao que é estritamente comum. Ainda que aqueles atributos sejam, portanto, uma implicação de condições substanciais de validade normativa, a forma da lei deverá ser sempre a de uma norma geral e abstrata, pois é esse um importante mecanismo de garantia daquelas exigências substanciais que adquirirá uma materialização e uma densidade normativa por referência àquelas exigências mesmas. Além disso, por constituir uma boa ordem política ela mesma uma dimensão do bem comum, a legislatura deve ter sempre o cuidado de não desestabilizá-la a ponto de colocar em risco o equilíbrio porventura alcançado até o momento entre as suas várias condições normativa e institucionalmente constitutivas. Ao que acrescenta dizer apenas que a esfera de *realização* dessa intencionalidade política será a administração pública ou o governo, pois assim começa por cumprir-se a segunda fundamental condição normativa consubstanciada pelo ideal do *rule of law*, já que os poderes legislativo e executivo passam a ter uma intencionalidade bem delimitada e funções diferenciadas: a tarefa tanto de um quanto de outro é o bem comum, mas no legislativo as exigências desse específico bem comum político são debatidas e normativamente determinadas, ao passo que o executivo dá a essas exigências cumprimento prático se, e apenas se, não devam ser os próprios cidadãos a encarregar-se disso. Então um último limite que encontrará a legislação nessa nossa esquemática abordagem das condições normativas a que está sujeita a atividade

¹²⁸⁴ “The organization of man’s personal life in attunement with the truth of the order is possible only within the framework of social order. A society has a *raison d’être*, therefore, only insofar as it allows its members to order their lives in truth” (Voegelin, “The nature of the law”, op. cit., p. 57).

¹²⁸⁵ São esses corolários imediatos do sentido autêntico da lei: “a lei no sentido de lei em conformidade com o princípio do Estado de direito terá de ser uma lei não arbitrária, não excessiva, não desnecessária, que terá como princípio e limite o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias” (Canotilho, *Estado de direito*, op. cit., p. 60).

legislativa será definido negativamente por referência às competências políticas da administração e do governo: todas as atividades que consubstanciarem ou vierem a ser exigidas do poder público para uma realização concreta de um bem comum cujas implicações foram já normativamente determinadas pela lei ficarão subtraídas da competência da legislação¹²⁸⁶.

No que para nós especialmente importa, que é a demarcação do domínio da *lex* no confronto com o domínio do *ius*, extrai-se disso tudo a conclusão de que a lei disporá normativamente acerca das exigências do bem comum, naquela que é uma perspectiva exclusivamente macroscópica de determinação geral e abstrata das implicações da ordenação da comunidade política àquele seu bem político, e nada fará, conseqüentemente, além disso: não planejará a vida da sociedade mediante uma intervenção concreta em atividades particulares, nem decidirá quaisquer questões que não digam respeito apenas à comunidade como um todo e que não estejam na esfera das competências decorrentes da sua específica intencionalidade. Isso não significa que a legislação não deverá promover, nas palavras de Rhonheimer, as “condições necessárias sem as quais, no contexto social, nenhum bem pode ser eficazmente perseguido e nenhuma vida boa pode ser realizada”¹²⁸⁷. Pelo contrário, é essa a precípua tarefa das instâncias políticas, e a legislação deverá pôr-se a cumpri-la mediante normas gerais e abstratas que, sem pretensão de neutralidade, instituem tais condições em cumprimento às exigências do bem comum político. Mas isso é evidentemente algo muito diferente de um qualquer planejamento social orientado à organização da sociedade e voltado à educação para a virtude, assim como difere fundamentalmente da resolução judicativa daqueles conflitos concretos que recorrentemente emergem entre os cidadãos e entre eles e a própria comunidade, pois a intenção que aí entra em causa já não é aquela intenção política ao bem comum político.

¹²⁸⁶ A essas exigências que aqui sublinhamos podem evidentemente ser acrescentadas outras e, certamente, todas aquelas que segundo Lon L. Fuller correspondem à “moralidade interna da legislação”, sendo certo que pelo menos duas destas últimas, a da generalidade e a da constância, têm nas considerações precedentes alguns de seus possíveis fundamentos materiais e vão abordadas desde uma perspectiva completamente diferente, que provavelmente Fuller consideraria ser a de uma “moralidade externa” do direito (acerca daquelas várias exigências correspondentes à “moralidade interna” da legislação, v. *The morality of law*, op. cit., esp. pp. 46 e ss.).

¹²⁸⁷ Rhonheimer, “The democratic constitutional state and the common good”, op. cit., p. 133.

3.2.c) *Ius*: a validade na perspectiva do jurídico

Essa articulação que, numa invocação à tradição, vimos tentando entre algumas fundamentais dimensões do universo do político, não tem nenhuma pretensão de constituir uma teoria e menos ainda uma filosofia política, mas nos seus traços gerais contempla aspectos da realidade humana e das suas implicações políticas que liberais, comunitaristas, democratas e mesmo os mais importantes expositores atuais do republicanismo deixam inconsiderados ou mal resolvidos. Parece-nos, portanto, teórica e prático-normativamente superior. Mas não elimina as tensões que as soluções político-jurídicas precisam administrar. A questão é como equilibrar diversas exigências contrapostas cuja concorrência é uma condição mesma da estabilização de uma autêntica ordem política. Pois não acreditamos, como Rhonheimer defendeu em um riquíssimo e extraordinário ensaio já citado, que a ordem política tenha que ser *ou* uma ordem de liberdade e segurança *ou* uma ordem de verdade e virtude. Por referência àquelas condições normativamente constitutivas do que consideramos uma ordem autenticamente política, e invocando sempre um sentido muito específico e rico em implicações do velho ideal do *rule of law*, chegamos à mesma conclusão de que o chamado Estado Constitucional Democrático pode constituir uma ordem de verdade e virtude sujeita a limites normativos e institucionais que assegurem a paz, a liberdade e a justiça¹²⁸⁸. A amizade cívica que une uma república é como uma amizade que se estabelece entre irmãos, não entre pais e filhos, e em toda comunidade autenticamente política a autoridade se exerce sobre homens livres e iguais¹²⁸⁹. Um excessivo desejo de unidade importaria uma dissolução, portanto, da amizade cívica e da própria comunidade¹²⁹⁰. O ideal de um Estado ético assentado numa unitária compreensão do bem e encarregado de conduzir os cidadãos à perfeição não é, então, sequer compatível com a nossa natureza política, e muito menos com a nossa comum abertura para uma realidade transcendente que nos coloca na perspectiva da eternidade e nos faz com isso ver como somos nós pequenos, e efêmeras as coisas

¹²⁸⁸ Rhonheimer, "The democratic constitutional state and the common good", op. cit., p. 89.

¹²⁸⁹ Aristóteles, *EN*, VIII, 10, 1161a3-4; idem, *Política*, I, 7, 1255b16-20.

¹²⁹⁰ Aristóteles, *Política*, II, 2-5, 1261a9 e ss.

deste nosso mundo¹²⁹¹. Uma adequada compreensão do bem comum político e uma correspondente delimitação da intencionalidade das atividades políticas em geral e, mais especificamente, da legislação, impõem já, por si mesmas, importantes limitações e, pelo menos teoricamente, excluem qualquer compreensão totalitária da ordem da comunidade. Mas aquela validade na perspectiva do político que se descortina em resposta ao problema político-comunitário do bem comum não é a única e, segundo acreditamos, sequer constitui a última instância normativa de uma autêntica ordem política, inclusive porque já perdemos a ilusão de que uma legalidade revestida de certos atributos formais, mesmo quando protegida por uma inquestionável legitimidade democrática, manterá as instâncias políticas presas exclusivamente à tarefa que decorre da sua intenção ao bem comum político, que é assegurar apenas as condições *necessárias* para que as pessoas possam *livremente* perseguir o seu bem integral¹²⁹².

A ilusão política é, com efeito, um dos maiores inimigos da liberdade. E toda época tem lá as suas ilusões. Na nossa, uma muito persistente é a de que as coisas afinal se resolverão com uma Constituição e com uma insistente invocação daqueles valores, princípios e direitos fundamentais que, cumprindo minimamente a sua função, qualquer carta política fundamental naturalmente consagrará. Voltaremos logo a essa problemática, mas desde logo remetemo-nos a ela só para já esclarecer que não temos nenhuma ilusão de que aquela juridicidade à qual dedicamos o capítulo anterior possa ser de qualquer forma reduzida ou em última instância referida à Constituição, ou aos seus explícitos princípios ou aos direitos que declaradamente venha a assegurar. Assim como acontece com a lei, a consubstanciação formal de uma qualquer juridicidade constitucional é um acidente na vida do direito¹²⁹³. Qualquer carta, qualquer estatuto, qualquer código, qualquer princípio, qualquer direito subjetivo, qualquer regra e qualquer decisão não

¹²⁹¹ Esse moderno Estado ético só poderia afinal se realizar numa transição “de um pensamento de transcendência para um pensamento de imanência”, com o cumprimento do programa gramsciano de uma completa libertação do direito de todo resíduo de transcendência (Castanheira Neves, “Justiça e direito”, op. cit., pp. 250/1).

¹²⁹² “The task of politics is to assure the necessary conditions such that society, or rather every individual person, may freely arrive at his or her integral good” (Rhonheimer, “The democratic constitutional state and the common good”, op. cit., p. 135).

¹²⁹³ Essa ideia não estranha aos juristas ligados à tradição do *common law*, para os quais, segundo René David, a lei é uma “peça estranha” e não um modo normal de expressão do direito (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 346).

conseguirá senão ser – quando chegar a ser – uma circunstancial e mais ou menos lograda precipitação de uma juridicidade que supera todas as nossas deliberadas construções¹²⁹⁴. O direito é, afinal, uma espontânea e extraestatal ordem de validade material que vai se densificando em resposta ao problema do justo concreto. Essa ordem é anterior a qualquer esforço nosso de explicitar compreensivamente as suas exigências, e supera em extensão e relevância normativa qualquer eventual produto de qualquer tentativa nossa de reconduzir a juridicidade toda a um específico sistema, a uma específica teoria ou a algum pacto ou decisão, por mais fundamental que seja¹²⁹⁵. Essa precedência de uma juridicidade que ultrapassa quaisquer das suas eventuais manifestações e elide qualquer tentativa de uma definitiva formulação decorre inexoravelmente daquela nossa abertura para o problema do justo e é confirmada pelas experiências jurígenas a que nos dedicamos precedentemente¹²⁹⁶. E é nessa juridicidade, e não apenas em uma sua qualquer manifestação circunstancial, que encontraremos aquela ulterior validade que deverá uma autêntica ordem política de direito assimilar. Trataremos logo em seguida do problema da articulação entre essa validade especificamente jurídica e aquela validade que se descortina na perspectiva do político e em resposta ao seu problema, enfrentando evidentemente a questão da eventual superioridade normativa de uma ou da outra. Mas antes precisamos ainda destacar, a modo de conclusão, aquilo que distingue a intencionalidade dessa juridicidade e a intenção política que se impõe à legislação, pois fomos buscar a intencionalidade da política numa tradição que compreende a ordem política e a lei por sua ordenação ao bem comum e, por uma indiferenciação entre esse que é o domínio da legislação e o domínio da juridicidade, acaba por colocar também o direito a serviço da política.

¹²⁹⁴ Concordamos substancialmente, nesse ponto, com Hayek, quando sustenta que é falsa a crença de que o direito seja ou possa ser o produto de uma livre criação de um qualquer legislador: “[T]here can be doubt that law existed for ages before it occurred to man that he could make or alter it. [...] In the form in which it is now widely held [...], namely that all law is, can be, and ought to be, the product of a free invention of a legislator, it is factually false” (*Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 73).

¹²⁹⁵ Somos aqui novamente levados a recordar uma apropriada constatação de Hayek: “No system of law has ever been designed as a whole, and even the various attempts at codification could no more than systematize an existing body of law and in doing so supplement it or eliminate inconsistencies” (*Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 100).

¹²⁹⁶ É pertinente, a esse propósito, o alerta de Leoni: ninguém pode encerrar esse “ever-continuing process” que vai dando forma à juridicidade, e deveríamos, certamente, impedir que qualquer pessoa tentasse algo assim (*Freedom and the law*, 3ª ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1991, p. 179).

Vimos que em toda a tradição que vem da filosofia política clássica o regime reto é aquele que se ordena ao bem comum e a lei verdadeira, aquela que corresponde à índole desse regime, é igualmente ordenada à realização desse *telos* político. É essa provavelmente a principal razão pela qual os representantes contemporâneos dessa tradição tendem a definir o direito por referência ao bem comum¹²⁹⁷. Mas essa equiparação da intencionalidade do direito à intencionalidade da lei desconsidera que a legislação consubstancia as nossas respostas para um problema tipicamente político e que a prática jurídica, tanto dos juristas romanos quanto dos juizes ingleses, veio a mostrar que para além da normatividade política da *lex* existe uma normatividade extraestatal desprovida de índole política e completamente indiferente ao problema do bem comum. Essa normatividade foi incorporada ao nosso acervo cultural graças a uma atividade judicativa voltada à solução de problemas concretos suscitados por conflitos entre cidadãos que em circunstâncias muito particulares disputavam acerca do que era externamente devido por um ao outro. A indiferença política dessa atividade tem sido escandalosamente negligenciada, quando não é francamente negada, pelo pensamento político-filosófico contemporâneo. Se não nos escapa nada, a última vez em que veio adequadamente incorporada a uma articulada compreensão da ordem política foi numa espécie de revitalização de um pensamento liberal ainda ligado ao velho ideal do *rule of law* e às raízes antigas e medievais do constitucionalismo. Esse liberalismo que nos apresentaram Hayek e Leoni preservava ainda a ideia de que o *rule of law* e a liberdade dependem da manutenção de uma ordem normativa espontânea que não é “feita”, que não é produto de um qualquer *design*, que não pode ser reconduzida à vontade de ninguém e que não serve a nenhum deliberado propósito¹²⁹⁸; de uma normatividade

¹²⁹⁷ John Finnis, um indiscutível e influente representante contemporâneo dessa tradição, assim delimita o “significado focal” não apenas da legislação, mas do direito como tal: “the term ‘law’ has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a ‘complete’ community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule-guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving *any of the community’s co-ordination problem* (and to ratifying, tolerating, regulating, or overriding co-ordination solutions from any other institutions or sources of norms) *for the common good of that community*, according a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities” (grifos nossos) (*Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 276/7).

¹²⁹⁸ São essas as propriedades distintivas de uma ordem espontânea (*kosmos*) que Hayek diferencia de toda e qualquer *made order* (*taxis*) que consubstancia uma “organização”: “Its degree of

que emerge de uma *ongoing order of actions* e vai se enriquecendo como que num crescer, de caso a caso, por tentativa e erro, e só convoca uma intervenção autoritativa para a correção de eventuais perturbações, e ainda assim nos estritos limites de uma recondução daquela ordem à sua normalidade que exigiria tão-só uma tradução, uma interpretação daquilo que estava já implícito na dinâmica das relações pertinentes e era já, portanto, uma implicação normativa de como as coisas espontaneamente vieram a se acomodar¹²⁹⁹. O papel de um juiz comprometido com uma tal ordem é o de desvendar as regras já articuladas ou não que se abstraem de uma prática que não está sujeita a uma coordenação política e não fica à mercê dos comandos de uma autoridade. A sua decisão consubstancia uma explicitação dos critérios aos quais deveriam ter-se conformado as expectativas das partes, porque afinal estavam já implícitos em costumes estabelecidos que todos deveriam conhecer. Em vez de averiguar a conformidade da conduta das partes a qualquer comando proveniente de uma autoridade superior, ou do que era ou é mais expediente desde um ponto de vista mais elevado ou de acordo com objetivos desejados por uma autoridade, o juiz, sem nenhuma preocupação com o que é mais conveniente para a sociedade como um todo, deveria apenas trazer a conduta das partes à conformidade com regras reconhecidas ou reconhecíveis que era razoável esperar que os envolvidos considerassem ao tomar as suas decisões¹³⁰⁰, contribuindo assim para a preservação daquela ordem que não foi deliberadamente

complexity is not limited to what a human mind can master. Its existence need not manifest itself to our senses but may be based on purely *abstract* relations which we can only mentally reconstruct. And not having been made it cannot legitimately be said to *have a particular purpose*, although our awareness of its existence may be extremely importante for our successful of pursuit of a great variety of different purposes” (*Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 38).

¹²⁹⁹ Isso era já, segundo Leoni, o que faziam os jurisconsultos romanos, e o que caracteriza a tarefa do juiz de um qualquer *judge-made law* (*Freedom and the law*, op. cit., pp. 204-17).

¹³⁰⁰ “Such rules, presumed to have guided expectations in many similar situations in the past, must be abstract in the sense of referring to a limited number of relevant circumstances and of being applicable irrespective of the particular consequences now appearing to follow from their application. By the time the judge is called upon to decide a case, the parties in the dispute will already have acted in the pursuit of their own ends and mostly in particular circumstances unknown to any authority; and the expectations which have guided their actions and in which one of them has been disappointed will have been based on what they regarded as established practices. The task of the judge will be to tell them what ought to have guided their expectations, not because anyone had told them before that these was the rule, but because this was the established custom which they ought to have known. The question for the judge here can never be whether the action in fact taken was expedient from some higher point of view, or served a particular result desired by authority, but only whether the conduct under dispute conformed to recognized rules. The only public good with which he can be concerned is the observance of those rules that the individuals could reasonably count on. [...] What must guide his decision is not any knowledge of what the whole of the society requires at the particular moment, but solely what is demanded by general principles on which the going order of society is based” (Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 86/7).

criada por ninguém mas orienta adequadamente a conduta das pessoas¹³⁰¹. No que concerne, portanto, à dinâmica do desenvolvimento da juridicidade, é perceptível todo um ciclo que parte de uma *ongoing order of action* orientada por regras implícitas e não articuladas da qual emergem conflitos que exigem uma articulação dessas regras e uma intervenção voltada a corrigir, num processo de tentativa e erro, as eventuais perturbações àquela ordem, sem nenhum compromisso com os comandos de qualquer autoridade e com os propósitos de uma “organização”¹³⁰².

Já examinamos a dinâmica formativa dessa normatividade e ainda trataremos das principais razões pelas quais deve ser preservada. O que no momento queremos, a propósito, sublinhar, é, como já mencionamos, a indiferença da *praxis* da qual essa ordem emerge a qualquer intenção estritamente política. Se seguirmos com Hayek, encontraremos uma relevante diferenciação entre esse *Juristenrecht* e a legislação. As regras que constituem essa ordem espontânea de que se encarrega o juiz são independentes de qualquer particular vontade e, diferentemente das regras de uma organização, não servem a nenhum específico propósito¹³⁰³. Então não pode o juiz assumir nenhuma intenção político-social e muito menos comprometer-se com os objetivos de uma qualquer organização social: “A judge cannot be concerned with the needs of particular persons or groups, or with ‘reasons of state’ or ‘the will of government’, or with any particular purposes which an order of actions may be expected to serve. Whithin an organization in which the individual actions must be judged by their serviceability to the particular ends at which it aims, there is no room for the judge”¹³⁰⁴. Mesmo que a legislação se ocupe daquelas regras de

¹³⁰¹ “Abstract rules are not likely to be invented by somebody concerned with obtaining particular results. It was the need to preserve an order of action which nobody had created but which was disturbed by certain kinds of behaviour that made it necessary to define those kinds of behaviour which had to be repressed” (Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 88).

¹³⁰² Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 94-102 e 118-22.

¹³⁰³ “In the last resort the difference between the rules of just conduct which emerge from the judicial process, the *nomos* or law of liberty [...], and the rules of organization laid down by authority [...], lies in the fact that the former are derived from the conditions of a spontaneous order which man has not made, while the later serve the deliberate building of an organization serving specific purposes. The former are discovered either in the sense that they merely articulate already observed practices or in the sense that they are found to be required complements of the already established rules if the order which rests on them is to operate smoothly and efficiently. They would never have been discovered if the existence of a spontaneous order of actions had not set the judges their peculiar task, and they are therefore rightly considered as something existing independently of a particular human will; while the rules of organization aiming at particular results will be free inventions of the designing mind of the organizer” (Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp.122/3).

¹³⁰⁴ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 120.

organização que formam o núcleo de um direito “feito” que Hayek chama de *thesis* e contrapõe ao *nomos* que se forma espontaneamente e constitui o “direito da liberdade”¹³⁰⁵, o juiz deverá circunscrever-se à preservação dessa ordem espontânea e orientar sua atividade judicativa exclusivamente por aquelas “purpose-independent rules of just conduct” que constituem o *cosmos* da juridicidade¹³⁰⁶. Embora tenhamos que ir além de Hayek na defesa dessa ordem espontânea na medida em que o seu liberalismo tira praticamente todo o seu valor do espaço que confere aos indivíduos para que persigam “uma multiplicidade de diversos, divergentes e imprevisíveis propósitos”, com o que não consegue reconhecer no direito muito mais do que “a merely a condition for the successful pursuit of most purposes”¹³⁰⁷, é da maior relevância a proteção que assim é conferida à juridicidade contra qualquer intencionalidade estritamente política.

Quando fizemos a juridicidade referir sempre ao *justo concreto*, e nunca à justiça legal ou geral, e menos ainda ao bem comum ou a qualquer outra intenção política, foi para deixar adequadamente explicitado que a autônoma normatividade que queremos recuperar é não uma normatividade qualquer em que venha assumida qualquer intencionalidade, e mesmo qualquer intencionalidade axiológico-normativa, mas apenas e exclusivamente aquela validade normativa que vai tomando forma no contexto de uma prudencial prática casuística inteiramente voltada à solução do problema do que de algo é externamente devido a alguém em uma situação conflitiva concreta. Trata-se de uma normatividade referida apenas ao problema do que é concretamente devido a alguém em um caso particular independentemente de qualquer consideração do que seja melhor para a sociedade como um todo ou no longo prazo. A “justiça” desse direito não é a “justiça social” ou qualquer outra espécie de justiça política, nem é ela referida a ou tira o seu fundamento ou sentido ou validade de qualquer intenção social global que perspective a comunidade política como um todo, como é o caso da chamada justiça distributiva. Não se confunde nem se relaciona normativamente com o bem-estar social, com o interesse público ou com a utilidade pública ou social. E assim o domínio da juridicidade fica demarcado não só no confronto com uma legalidade que

¹³⁰⁵ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 124 e ss.

¹³⁰⁶ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 85/6.

¹³⁰⁷ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 105 e 113.

porventura assuma um sentido e uma intenção “estratégico-programaticamente político-social”, como sempre destacou Castanheira Neves¹³⁰⁸, mas também perante o daquela legalidade que venha a adequadamente assumir a axiológica intenção normativa do político, que se não nos equivocamos em nossas considerações precedentes consiste na realização do bem comum político. O que significa que mesmo uma recuperação da dignidade da política e uma sua axiológica orientação permite resguardar a autonomia do direito: se a *lex* encontra o seu sentido em abertura para o problema de uma validade que resolve o problema do bem comum político, o *ius* encontra o seu sentido em abertura para uma validade que resolve o problema do justo concreto. Essa ordem espontânea de que nos fala Hayek é da maior importância e deve ter a sua autonomia protegida, mas não apenas porque permite que os indivíduos persigam “uma multiplicidade de diversos, divergentes e imprevisíveis propósitos”. Uma ordem espontânea de validade normativa forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto permite, além disso, que cada um ordene livremente a sua vida *sem tomar para si o que não é seu e sem privar o outro do que é dele*, e é isso que faz dessa ordem substancial uma autêntica ordem *de direito* que não deve subserviência nenhuma à política e é ou pode ser mesmo independente, como foi em sua origem e, no essencial, até o advento da modernidade, do Estado e da autoridade política¹³⁰⁹.

Mesmo que a legislação seja adequadamente orientada ao bem comum e possa, portanto, buscar critérios axiológico-normativos naquilo que, em contraste com os *principles* em sentido estrito, Dworkin chama de *policy* – “aquele tipo de *standard* que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhora em alguma característica econômica, política ou social da comunidade” – o domínio da juridicidade permanecerá resguardado e a sua intencionalidade diferenciada, pois, para seguirmos nos valendo da distinção invocada, o direito será sempre e apenas referido a princípios, ou seja, a *standards* que incorporam exigências de justiça ou equidade cuja observância se impõe só por isso e não porque assim será alcançada ou assegurada alguma “situação econômica, política ou social considerada

¹³⁰⁸ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 19-23.

¹³⁰⁹ Essa constituenda validade que dá conteúdo a uma ordem espontânea foi sublinhada por Castanheira Neves na própria caracterização que fez do *kosmos* a que se refere Hayek: “uma ordem como normatividade emergente da própria intencionalidade da prática à sua validade concretamente constituenda” (*A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. p. 105/6).

desejável”¹³¹⁰. O juiz deverá, diferentemente do legislador, deixar de lado aqueles *arguments of policy* que justificam uma decisão por demonstrarem que um determinado curso de ação “avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, para restringir-se a *arguments of principle*, ou seja, a critérios que justificam a decisão mostrando que respeita ou assegura o *direito* de alguém¹³¹¹, com o que queremos dizer, já aí sem compromisso nenhum com Dworkin, que a decisão judicial assume a perspectiva microscópica daquilo que é devido a alguém porque é *seu* independentemente do que lhe *deveria* ser dado para que a sociedade viesse a ser conforme a um qualquer projeto ou mesmo para que a comunidade venha a realizar o seu bem comum político¹³¹².

É decisiva a esse propósito a diferença de *perspectiva*, pois, já que voltamos a pensar a política em termos também axiológico-normativos, não podemos mais diferenciar o domínio da juridicidade apenas mediante uma asseveração da índole axiológico-normativa da sua intencionalidade e da validade em que se consubstancia. Se então o político assume uma intenção ao bem comum e o jurídico uma intenção ao justo concreto, podemos seguir sustentando com Castanheira Neves que a perspectiva é lá *macroscópica*, e aqui *microscópica*. O problema do bem comum abre a comunidade para as exigências de uma validade que vem de uma perspectivação da sociedade como um todo, já que coloca a questão do *que é bom ou melhor para nós como cidadãos*, ao passo que o problema do justo concreto abre a comunidade para as diversas exigências de uma validade que vem da perspectivação de uma relação concreta entre sujeitos determinados que se põem em conflito acerca de algo que supostamente pertence a um ou ao outro, suscitando, assim, a questão do *que é de um e do que é do outro*, independentemente do que seja melhor para nós cidadãos como um todo. Ao que acrescentaremos que a perspectiva da legislação é preferencialmente *prospectiva*, ao passo que a da jurisdição será normalmente *retrospectiva*. A lei perspectiva o futuro e ordena abstratamente a ação em geral, com intenção ao bem comum,

¹³¹⁰ Dworkin, “The model of rules I”, op. cit., p. 22.

¹³¹¹ Ronald Dworkin, “Hard cases”, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. 82 e 84.

¹³¹² Pode-se dizer, inclusive, que a prática jurídica não tem, a rigor, nenhum propósito externo a ela mesma. E não há nada de excêntrico nisso, se for verdade, como vemos sublinhado por Roger Scruton, que essa ausência de um objetivo externo (*aimlessness*) é uma característica da maioria das atividades e das relações humanas valiosas, e chega mesmo a ser a norma das relações humanas saudáveis (*The meaning of conservatism*, 3ª ed., South Bend, St. Augustine’s Press, 2002, p. 13).

enquanto a juridicidade revela retrospectivamente o que no caso concreto era devido por uma parte à outra, com intenção ao justo concreto. A atividade legislativa, por sua intenção ao bem comum, é, portanto, tipicamente regulatória e visa imediatamente à conformação de condutas futuras, ao passo que a jurisdição, por sua intenção ao justo concreto, é reativa e visa normalmente à recondução das coisas ao estado anterior a uma perturbação decorrente de uma conduta omissiva ou comissiva em razão da qual alguém se viu ou se vê privado de algo que é seu. E por isso a instância de realização do justo concreto é aquela mesma instância à qual cabe a determinação normativa do que é concretamente devido a alguém, ou seja, a jurisdição, pelo que diremos novamente com Castanheira Neves que se na legislação pode eventualmente algo vir como direito a ser *proclamado*, na experiência jurisprudencial o direito só se constitui e manifesta *enquanto se realiza*¹³¹³, e só verdadeiramente nessa judicativa realização, em intenção imediata ao justo concreto, o sentido autêntico da juridicidade se atinge e o direito vem à sua própria realidade¹³¹⁴.

3.2.d) A supremacia normativa do direito

Uma ordem de direito é uma ordem política aberta a e permeada por uma normatividade que transcende qualquer formal e circunstancial manifestação das suas particulares exigências. Essa normatividade que transcende qualquer explícita formulação e até mesmo qualquer circunstancial conjunto de formulações jurídico-normativas é apenas uma das dimensões de um Estado de Direito. E embora seja esta uma categoria constitucional ou que pertence ao domínio do pensamento jurídico-constitucional e que, nesse seu específico domínio, adquire outras dimensões e dá resposta a problemas que ultrapassam o escopo deste trabalho, não deixaremos de fazer algumas brevíssimas, porém necessárias referências àquela compreensão do Estado de Direito que corrobora o que para nós distingue uma autêntica ordem de direito. E desde logo encontramos essa corroboração na caracterização do Estado de Direito proposta por J. J. Gomes Canotilho: “o Estado de direito é, por definição, um Estado de justiça”, na medida em que incorpora

¹³¹³ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 28/9.

¹³¹⁴ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 07; idem, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 25/6.

“*princípios e valores materiais* que permitam aferir do caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos”¹³¹⁵. Se é verdade, como sustenta Canotilho, em rigorosa concordância com Castanheira Neves¹³¹⁶, que a juridicidade é uma das dimensões constitutivas do Estado de Direito, com a implicação de que o Estado estará sujeito ao direito e deverá ser, ele inteiro e também a sua lei constitucional, “informado e conformado” por uma juridicidade em que se haverá de reconhecer um “bom direito” ou um “direito justo” radicado na “consciência jurídica” da comunidade¹³¹⁷, pode-se dizer que o Estado de Direito será a organização político-comunitária de uma “comunidade de direito”¹³¹⁸. Normativamente, a juridicidade vem então antes da estatalidade, e o titular daquela intenção ao direito é antes a comunidade que o Estado¹³¹⁹. Com o que queremos sublinhar que uma ordem de direito não se constitui apenas pelo fato de ter o Estado uma Constituição. Pois se afinal a juridicidade é uma validade normativa material que deverá *informar e conformar* o Estado e a sua lei constitucional, e se uma “comunidade jurídica” é apenas uma possibilidade e não uma necessidade, poderá inclusive uma sociedade inteira chegar a ser, no extremo, ilegítima ou inválida perante o direito¹³²⁰, com o que será também, e talvez precisamente por isso, ilegítima ou inválida a sua ordem político-constitucional. E isso só é assim porque a juridicidade que qualifica uma mais geral

¹³¹⁵ Canotilho, *Estado de direito*, op. cit., p. 41. Para uma discussão acerca do “Estado de justiça”, v. os ensaios reunidos na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XLI (1964).

¹³¹⁶ Castanheira Neves, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., pp. 218-20.

¹³¹⁷ Canotilho, *Estado de direito*, op. cit., pp. pp. 30-2 e 49-53.

¹³¹⁸ Canotilho, *Estado de direito*, op. cit., p. 77. Na doutrina constitucional portuguesa, encontramos outra relevante invocação da juridicidade como dimensão de validade normativamente constitutiva do Estado de Direito, com expressa remissão às lições de Castanheira Neves, e ainda uma caracterização do “Estado de Justiça” por referência ao “princípio de justiça”, “captado também em diálogo com a «consciência jurídica geral»”, em Jorge Miranda, *Direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 247/8 e 259-61.

¹³¹⁹ “O titular da intenção do direito é apenas a comunidade autônoma [...]. A intenção do direito transcende o Estado [...] O direito é a dimensão axiológica de uma comunidade que se estrutura numa certa forma de Estado [tendo em vista aquela intenção]” (Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 540).

¹³²⁰ Castanheira Neves, “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., p. 38; idem, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., p. 870; idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., p. 68; idem, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 215-18.

ordem de direito e um específico Estado de Direito não pode reduzir-se à constitucionalidade, sem prejuízo da autonomia do direito¹³²¹.

Mas que juridicidade é essa então que está para além da mera constitucionalidade e dá conteúdo a uma ordem de direito? Essa é uma pergunta cuja resposta já temos: é aquela juridicidade do paradigma sapiencial do *ius*. Uma juridicidade que emerge de uma prática prudencial independente de qualquer intervenção estatal; que vai num crescer, de caso a caso, com intenção ao justo concreto; que consubstancia uma validade normativa material em que vão se precipitando critérios que preservam um saber prático-normativo especializado; e cuja titularidade em última instância é da comunidade, não do Estado¹³²². Uma juridicidade, portanto, que não advém da vontade deliberada de ninguém; que não se reduz a nenhuma específica formulação normativa nem a todo um qualquer conjunto dado de formulações pressupostas; que não tem intenção política nenhuma e não serve a quaisquer particulares objetivos; e que, pelo menos no que concerne aos seus núcleos normativos fundamentais, não deve necessariamente ceder nem mesmo à vontade de uma circunstancial maioria política. O problema que se coloca é, portanto, o de como se articulam essa juridicidade e a intenção política da legislação em geral, e qual porventura deve ter a última palavra no que concerne às questões prático-normativas que emergem do convívio comunitário.

Evidentemente, não teríamos a essa altura nenhuma dificuldade em oferecer uma resposta segura, se, além de se orientar de fato sempre e exclusivamente ao bem comum, a legislação não interferisse jamais no desenvolvimento e na conformação da juridicidade, nem contribuísse de forma nenhuma para a determinação do que venha a ser devido a alguém em um caso concreto. Mas é também evidente que as coisas não se passam assim. De todo modo, convém começar pela situação mais favorável que se pode imaginar, que é aquela em que o

¹³²¹ Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito...*, op. cit., pp. 109-13; idem, “O ‘jurisprudencialismo’...”, op. cit., pp. 72-5; idem, “O direito interrogado pelo tempo presente...”, op. cit., pp. 51-6; idem, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, op. cit., pp. 214-6.

¹³²² A relação entre direito e Estado que vai assim sugerida é, portanto, menos aderente às compreensões dessa relação que encontramos nas várias acepções do “Estado de Direito” continental e mais ligada à tradição do *common law* e àquela particular noção do *rule of law* que postula um direito extraestatal autônomo e, conseqüentemente, subordina o Estado não ao seu direito, mas a um direito que *não é seu* (Sartori, “Note sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia”, op. cit., pp. 310/11).

legislador se limita a prescrever em termos gerais e abstratos uma norma rigorosamente ordenada ao bem comum político da comunidade. Dessa norma, é natural que resulte, em circunstâncias que em princípio deve a própria norma abstratamente estatuir, de alguém passar concretamente a dever algo a outrem, podendo inclusive a própria comunidade vir a estar em qualquer um desses polos da relação. Com isso, uma parte ao menos da juridicidade vem a ser informada pela legislação e acaba por servir, ainda que indiretamente, a uma intenção política. Mesmo assim, convém continuar a distinguir a legalidade da juridicidade, pois embora haja uma determinação legal de que resulte em tese um direito ou uma obrigação, o que será concretamente devido por alguém a outrem em um caso concreto é algo que só em concreto acabará por ser definitivamente estabelecido, e a depender de como a estatuição legal será, no caso, assimilada ao *corpus iuris*¹³²³. Isso é assim porque a lei não é ainda direito em sentido próprio sem uma sua prático-prudencial densificação normativa intencionada ao justo concreto, com o que se pode dizer, tal como nos ensina Castanheira Neves, que a legislação só concorre verdadeiramente para a constituição da juridicidade quando assimila um sentido de direito que transcende as suas circunstanciais prescrições abstratas¹³²⁴.

Se, sob tais pressupostos, a norma adequadamente orientada ao bem comum puder ser prático-normativamente assimilada ao *corpus iuris*, avançando um objetivo político ao mesmo tempo em que admite uma solução justa para um caso, realizar-se-ão simultaneamente, caso as coisas realmente assim se passem, tanto a intenção política assumida pela legislação quanto a intenção ao direito assumida pela jurisdição. Teremos então aí uma articulação ótima: a legislação promoverá o bem comum ao mesmo tempo em que concorrerá para a determinação de uma juridicidade transpositiva, com o que poderão a lei e a decisão do caso virem a se encontrar na realização de um mesmo direito. Se, diversamente, a lei for incapaz,

¹³²³ Isso que para nós é uma característica geral do fenômeno jurídico costuma ser francamente reconhecido no contexto do *common law*, como se vê nas lições de Edward Levi, quando, logo após asseverar que a legislatura e os tribunais são “cooperative law-making bodies”, com diferentes responsabilidades, conclui: “The legislation needs judicial consistency... [A] court’s interpretation of legislation is not dictum. The words it uses do more than decide the case. They give broad direction to the statute” (*An introduction to legal reasoning*, op. cit., p. 32). No mesmo sentido de que na tradição do direito inglês existe uma clara compreensão de que as disposições legislativas são demasiado vagas e só são incorporadas ao direito quando e como forem prático-problematicamente assimiladas pela jurisprudência, v. René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., pp. 324, 326, 328, 343/4 e 346.

¹³²⁴ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 74/5.

por qualquer motivo, de servir ao bem comum que lhe cumpria realizar, mas ainda assim puder ser prático-normativamente assimilada ao *corpus iuris*, em cumprimento à intencionalidade do direito, será esta específica intencionalidade privilegiada e judicativamente realizada, embora fique prejudicada a realização da intencionalidade da política por uma desorientação da própria lei que, apesar disso, não chega a violar, no caso, as exigências fundamentais da juridicidade – é o caso, por exemplo, de uma lei que institui um tributo sem violação às garantias fundamentais que a juridicidade atribui ao contribuinte, mas, apesar disso, contraria o bem comum na medida em que a sua aplicação terá efeitos nocivos para a comunidade no longo prazo, em razão de efeitos econômicos indesejados; o tributo ter-se-á de considerar concretamente devido e a sua exigibilidade pela via judicial terá de vir reconhecida, com o que não virão a ser prejudicadas as exigências fundamentais da juridicidade, embora assim, por um erro político que deve ser reparado na esfera política, venha a comunidade mais a se afastar do que a se aproximar da realização do seu bem comum político. Nesse caso, não se consegue uma simultânea realização das intenções da política e do direito, mas pelo menos a intencionalidade fundamental da juridicidade se mantém preservada. É isso o que acaba por acontecer mesmo se a lei serve a uma intenção exclusivamente ideológica, em detrimento do bem comum político, mas, no momento da sua realização prático-judicativa, uma adequada assimilação ao *corpus iuris* consegue dela tirar uma solução normativa concretamente justa, fazendo com que a intenção da juridicidade e um projeto ideológico acabem por acidentalmente a se encontrar¹³²⁵.

Outra circunstância que para o nosso percurso argumentativo importa é aquela em que nos vemos perante uma prescrição normativa que, orientando-se ou não ao bem comum, não deixa espaço nenhum para uma sua prática aplicação sem que venham a ser com isso confrontados, no caso concreto, os valores e princípios nucleares da juridicidade. Independentemente de saber se uma tal norma poderá, apesar dessa prático-concreta incompatibilidade normativa, considerar-se ainda orientada ao bem comum, ou mesmo juridicamente válida e aplicável em outras situações de uma diversa problematidade concretamente normativa, do ponto de vista da juridicidade e em cumprimento à sua intenção o que importa é que seja tal

¹³²⁵ É isso o que, segundo Castanheira Neves, normalmente acontece (“Justiça e direito”, op. cit., p. 284).

prescrição “desaplicada”¹³²⁶. Isso é frequente e nem sempre implica ou vai precedido de um juízo de invalidade da lei. Mas por vezes deparamo-nos mesmo com aquela situação extrema em que não há, em circunstância prático-concreta nenhuma, como integrar a lei à juridicidade, e aí não restará alternativa senão um juízo de invalidade “por violação essencial [...] da intenção originariamente fundamentante do direito”¹³²⁷.

Isso tudo significa que, normalmente, as autônomas intenções do político e do jurídico podem cumprir-se sem nenhuma tensão essencial, e até mesmo articuladamente, quando uma lei adequadamente orientada ao bem comum se realiza prático-concretamente com intenção ao justo concreto, ou seja, sem violar a intencionalidade fundamental do direito. Nem sempre será assim, pois muitas vezes pode a própria lei desviar-se daquela sua teleologia ou ter implicações prático-concretas que em nada contribuem para a promoção do bem comum. Mas em *todos* os casos de aplicação jurisdicional da lei deverá o caso ser decidido *com intenção exclusivamente ao direito*, e não para uma judicial promoção do bem comum, pois essa é uma intenção que pertence ao domínio do político e acerca da qual não cabe à jurisdição ajuizar, nem, muito menos, tomá-la para si, como se sua tarefa fosse. Voltaremos a isso em breve, pois aí já estamos no cerne problema dos limites da jurisdição. Antes temos ainda, contudo, que justificar por que estamos a defender uma articulação entre o político e o jurídico que, na prática, tenderá a privilegiar, especialmente quando uma tensão houver, aquela específica intenção da juridicidade, mesmo que daí advenha uma preterição da intenção política.

A compreensão do político e da intenção política que viemos a assumir já não nos permite resolver o problema asseverando que o jurídico e a intencionalidade do direito devem prevalecer em razão apenas da sua índole axiológico-normativa, pois

¹³²⁶ “Fazer justiça através de tribunais e mediante um procedimento justo” é também “*desaplicar* as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais” (Canotilho, *Estado de direito*, op. cit., p. 42).

¹³²⁷ “Se toda aplicação concreta e materialmente adequada das normas legais não só transcende o seu conteúdo normativo formal na referência aos fundamentos axiológico-jurídicos, como ainda o supera na contextura histórica e concreta do caso [...], se, neste sentido, não estaremos em face de uma mera aplicação formal [...], o certo é que nem por isso deixará a aplicação ou realização do direito de processar-se através da lei [...]. Ora, o problema normativo da ‘lei injusta’ pressupõe, como sua situação problemática autêntica, que a uma regra legal venha a negar-se um fundamento material de juridicidade por violação essencial, que ela implique, da intenção originariamente fundamentante do direito” (Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., pp. 558/9).

naquela nossa compreensão também a política tem uma intenção dessa índole, embora se trate de uma distinta intenção axiológico-normativa, já que *devem* as instâncias políticas orientar-se à realização do bem comum político e a intencionalidade do direito, segundo pensamos, nada tem a ver com isso. Nem poderíamos, de outro lado, assimilar a intencionalidade axiológica do domínio do político à do domínio da juridicidade, ou vice-versa, assim como não poderíamos reconciliar o político e o jurídico numa intenção integrante desses dois distintos domínios que privilegiasse ou o bem comum ou o justo concreto, pois isso, se estivermos certos, excluiria, no limite, a possibilidade de uma bem demarcada diferenciação entre as duas esferas e prejudicaria a autonomia intencional do direito, pelo menos relativamente ao político. Então não será por uma remissão apenas à índole axiológico-normativa da juridicidade que justificaremos a supremacia do direito. A questão para nós é o que afinal essa validade que permeia a ordem da sociedade pela via de uma prática prudencial orientada ao justo concreto tem de especial, e por que deve normalmente prevalecer mesmo quando se colocar em tensão com as axiológico-normativas exigências do bem comum político de que se encarregam as instâncias políticas.

Para que essa questão fique bem circunscrita, convém recapitularmos, em termos mais sintéticos, o que logo atrás se disse: independentemente de ordenar-se adequadamente ou não a prescrição normativa ao bem comum, no caso concreto será a resolução do problema orientada pela norma como vier a ser assimilada ao *corpus iuris*, e sempre e apenas se for possível uma sua práctico-normativa assimilação, o que significa dizer, sempre e apenas se o que vier a ser atribuído às partes ou a qualquer uma delas por força da norma não redundar em uma concreta injustiça contrária aos valores e princípios fundamentais da juridicidade, incluindo-se aí, evidentemente, os direitos e liberdades que aqueles valores e princípios por si mesmos consagram; razão pela qual será a norma “desaplicada”, com ou sem pronúncia de invalidade, sempre que, orientando-se ou não ao bem comum – pois isso é juridicamente indiferente –, a sua aplicação viesse a conduzir a uma solução práctico-concretamente incompatível com a intencionalidade última e com as exigências nucleares da juridicidade. Mas por que, afinal, deverá até mesmo a lei adequadamente ordenada ao bem comum ser, no contexto de um caso conflitivo concreto, integrada ao *corpus iuris* com intenção ao justo concreto, em vez de ser

aplicada com vistas ao próprio bem comum político? E por que deverão prevalecer em concreto, na hipótese de um insolúvel conflito, as exigências fundamentais da juridicidade e as suas necessárias implicações prático-normativas? Por que, enfim, atribuir àquela juridicidade que antes caracterizamos uma supremacia, no confronto mesmo com a mais elevada intenção política?

As respostas a esse conjunto de questionamentos estão todas elas implícitas nos vários desenvolvimentos anteriores, e exigem apenas umas poucas considerações complementares. A primeira tem a ver com um aspecto da juridicidade que se revelou na investigação precedente das experiências autenticamente jurígenas do direito romano e do *common law*: a ordem jurídica é o *acervo dos conhecimentos prático-normativos da comunidade*. Acreditamos, por isso, ser ainda válido dizer com Burke, como antes dele dizia Coke em termos que tivemos a oportunidade de considerar, que aquilo que encontramos em uma tradição jurídica madura, como é o caso tanto da tradição do *common law* quanto da nossa, constitui uma espécie de “collected reason of ages”¹³²⁸. Embora a recuperação de uma tal ideia possa parecer, em nossa época, um excêntrico arcaísmo, há aí uma verdade que precisamos preservar, pois disso depende, em nosso entendimento, a sobrevivência de uma juridicidade autônoma. E nisso não estamos inteiramente sós. Por motivos embora diversos, essa preocupação em preservar as aquisições da prática jurídica tem sido sempre renovada. Encontramos uma recuperação daquele aspecto da juridicidade no pensamento de Hayek, na medida em que, como temos vindo a destacar, as suas valiosas considerações acerca do direito destacam que os critérios jurídicos, como acontece em geral com as regras de uma ordem espontânea, incorporam a experiência acumulada de gerações e nos permitem fazer uso de um conhecimento disperso que não pode ser inteiramente articulado e nem possuído por ninguém em particular¹³²⁹. Bruno Leoni advoga também a superioridade de uma tal juridicidade em relação à legislação, e para isso lembra que mesmo os códigos e as constituições modernas foram o resultado de um longo

¹³²⁸ Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France (Selected works of Edmund Burke, v. 2)*, Francis Canavan (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 1999, p. 191. Acerca da assimilação por Burke da linguagem e dos conceitos da tradição do *common law*, com direta referência a Coke e Hale, v. J. G. A. Pocock, “Burke and the Ancient Constitution – A problem in the history of ideas”, *The Historical Journal* 3 (1960), *passim*.

¹³²⁹ Hayek, *Law, legislation and liberty..., v. I: Rules and Order*, op. cit., esp. pp. 11, 15, 18, 30/1 e 48-50.

denvolvimento e traduzem, portanto, as aquisições, tanto aqui como no contexto inglês, de um *Juristenrecht* ou de um *judge-made law*, o que significa, bem vistas as coisas, que isso tudo que chamamos direito, se é que podemos dizer que foi “feito”, melhor se explica como uma espécie de “everybody-made law”, a semelhança do que acontece com outros fenômenos culturais como a linguagem e as ciências em geral¹³³⁰. E embora a preocupação com a preservação esteja completamente fora de moda, eventualmente encontramos também no pensamento jurídico contemporâneo referências que remetem àquele aspecto da juridicidade que justifica um compromisso com a conservação e a continuidade. Já há algumas décadas, Viehweg destacou que o estilo da jurisprudência romana cuidava para que as aquisições da *praxis* fossem preservadas para os sucessivos empenhos, e a partir daí defendeu que o direito deveria ser compreendido não como um dado, mas como uma “construção responsável” desafiada a cada novo caso. Parece ter subscrito a ideia de que é preciso conservar tenazmente o que a prática consolidou, exaltando a maneira como os juristas romanos conseguiam conciliar as exigências do caso e a preservação dos critérios consagrados. Dessa sua incursão na experiência jurídica romana, tirou a conclusão de que o núcleo da arte do direito está numa diligente e constante reedificação e ampliação que concilia a preservação e a flexibilidade¹³³¹. Josef Esser chegou, por sua vez, a dizer que a continuidade é o “mandamento supremo” da judicatura¹³³². Mais recentemente, Alexy apresentou um modelo argumentativo que tinha o declarado propósito de habilitar a prática jurídica a se valer de critérios de correção sem deixar de ter em conta as convicções difusas e os resultados atingidos por inúmeras gerações de juristas, pois nenhum deles pode ser desprezado. Defendeu, sob tais premissas, o *princípio da inércia*, com o argumento de que é irracional abandonar sem razões uma ideia até agora aceita¹³³³. Também Dworkin deu sua contribuição nesse sentido, conforme já lembramos e voltaremos a acentuar, quando sustentou que a dinâmica da juridicidade é a de um complexo empreendimento cooperativo em cadeia do qual o juiz participa dando a melhor continuação possível a uma história que ele encontra, e não dando início a uma

¹³³⁰ Leoni, *Freedom and the law*, op. cit., esp. pp. 139-51, 185/6 e 218.

¹³³¹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 81-3 e 139.

¹³³² Esser, *Principio y norma...*, op. cit., p. 105.

¹³³³ Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 12/3 e 135.

história melhor¹³³⁴. Por fim, MacCormick sugeriu que o desenvolvimento de princípios jurídicos é semelhante ao processo de confirmação de uma hipótese ou teoria nas ciências naturais ao longo do tempo, pois, tal como se desenvolve e em cada estágio do seu aperfeiçoamento, o direito se torna sempre mais concretizado, mais exato e mais capaz de lidar com questões cada vez mais sutis e mais complexas¹³³⁵. Não é de todo estranho, portanto, que já em nosso tempo um professor de Harvard tenha defendido a autonomia da disciplina jurídica e a especificidade do conhecimento jurídico por referência à velha categoria da “razão artificial” do direito. Segundo Charles Fried, o que afinal nós conhecemos, e conhecemos melhor do que economistas e filósofos, é simplesmente o direito. E o que tem de próprio o direito é o elevadíssimo grau de complexidade e refinamento dos critérios que vai vagarosamente elaborando “by precedent and analogy” para ir tortuosamente dando conta das infinitas particularidades de casos concretos que não podem ser resolvidos por referência a construções filosóficas mais gerais acerca dos nossos direitos¹³³⁶. O que encerram esses critérios é, portanto, um particular conhecimento: “So what is it that lawyers and judges know that philosophers and economists do not? The answer is simple: the law. They are the masters of ‘the artificial Reason of the law’. [...] When we say of a judge or lawyer that he is learned in the law, we assume that there is a body of knowledge to be learned in, and that such learning increases wisdom, judgment, and justice”¹³³⁷. E por mais que nenhuma teoria ou construção filosófica seja capaz de oferecer uma demonstração final e conclusiva da racionalidade do direito em geral ou de uma específica ordem jurídica, a experiência recomenda que a ordem da sociedade se mantenha presa à juridicidade, pois um longo processo histórico tem dado sinais contínuos de que há sim, nisso que chamamos *direito*, uma racionalidade e a incorporação de um valioso acervo de conhecimentos¹³³⁸.

¹³³⁴ Ronald Dworkin, “Law as interpretation”, op. cit., pp. 383/4.

¹³³⁵ MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op. cit., pp. 273 e 360.

¹³³⁶ Charles Fried, “The artificial reason of the law or: what lawyers know”, *Texas Law Review* 60 (1981), *passim*.

¹³³⁷ Fried, “The artificial reason of the law or: what lawyers know”, op. cit., pp. 57/8.

¹³³⁸ “Justice and the law and the law and order of society are bound up with the historical process determined by human beings: a process that has revealed the rationality of law over and over again, even if this alone is not capable of legitimizing law and the legal order as rational in a concluding and definitive way” (Martin Rhonheimer, “*Auctoritas non veritas facit legem*: Thomas Hobbes, Carl Schmitt, and the idea of the constitutional state”, *The common good of constitutional democracy. Essays in*

Uma tradição jurídica madura constitui, além disso, um acervo de conhecimentos prático-judicativos dispersos derivados da experiência que *orienta a ação com mais segurança e estabilidade do que qualquer conjunto de teorias ou regras gerais abstratas desligadas de uma experiência precedente e carentes, portanto, de uma praxística densificação normativa*. E quando nos referimos a um acervo disperso não estamos a sugerir que a juridicidade seja desprovida de ordem e incapaz de assumir a forma de um sistema. Pelo contrário. A verdade é que nem nosso intelecto é capaz de apreender toda a realidade nem nossa linguagem normativa pode expressar adequada e suficientemente tudo que precisamos saber para determinar com segurança o que devemos fazer em todas as circunstâncias. Mas precisamente por isso temos que nos empenhar contínua e colaborativamente para preservar as aquisições da experiência e pôr ordem naquilo que conseguimos ir aprendendo relativamente às exigências axiológico-normativas que orientam a *praxis*. O sistema jurídico é um produto desse esforço¹³³⁹. Já o caracterizamos no momento oportuno por referência às lições de Castanheira Neves, bastando agora lembrar, para além de algumas poucas outras observações, que qualquer particular sistema será sempre uma objetivação normativa do conhecimento jurídico disponível. Precisamente por isso, tem que manter-se aberto para o real e para as exigências normativas que nessa abertura se descortinam continuamente, com o que terá também de ser visto apenas como uma precipitação explícita de uma juridicidade que o transcende e que continuamente o supera. A prática jurídica mobiliza a nossa capacidade judicativa e ela nos remete para uma validade cujas exigências vamos formulando mediante a estabilização de critérios que vão se objetivando num sistema. Mas por mais que o sistema constitua apenas uma objetivação precária das exigências de uma validade que o transcende, e nem sequer possa traduzir e incorporar tudo que vamos por referência a essa validade aprendendo no contexto de uma prática na qual o conhecimento jurídico se dispersa, o que para nós está fora de questão, como também já vimos, é que o sistema

political philosophy and on Catholic social teaching, William F. Murphy Jr. (ed.), Washington, The Catholic University of America Press, 2013, pp. 159/60).

¹³³⁹ É em linha gerais nesse sentido a explicação de Hayek acerca do processo de articulação normativa das regras emergentes da prática: v. *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., esp. pp. 76-8.

jurídico supera todas as circunstanciais manifestações formais da juridicidade¹³⁴⁰, tanto por incorporar um acervo mais abrangente de conhecimentos quanto por estar referido a uma validade fundamentante que permeia o todo e determina o que será assimilado ao *corpus iuris* e com que específico sentido normativo. Essa validade pode ser compreendida e traduzida de várias maneiras, mas sem dúvida encontra expressão em valores e princípios metapositivos que consubstanciam a nossa resposta aos problemas que nos mobilizam e vão dando conteúdo à consciência jurídica da comunidade. Então o acervo de conhecimentos jurídicos está tanto disperso numa prática quanto objetivado num sistema, e tanto aquilo que está ainda disperso quando aquilo que está objetivado supera o conjunto das formais manifestações dessa juridicidade. Mas é sempre por referência à validade que o sistema objetiva, mesmo que numa sua eventual reconstrução praxística ou dogmática, que quaisquer critérios provenientes de decisões autoritativas ou dispersos na prática se incorporam ao *corpus* e passam a ser considerados partes de um dado direito¹³⁴¹. Então o que provém da fonte é direito pela validade que assimila, e não pela fonte de que provém¹³⁴², e a legislação mesma, como já mencionamos mas convém reiterar, tem em abstrato apenas um “*sentido hipotético-normativo*”¹³⁴³ e só concorre para a constituição do direito ao assimilar um sentido de direito que transcende as suas prescrições¹³⁴⁴. O primeiro motivo pelo qual isso deve se passar assim e a lei deve ser prático-judicativamente aplicada com intenção ao direito se e como for assimilada pelo *corpus iuris* é, como já mencionamos, porque nessa juridicidade se contém o acervo de conhecimentos prático-normativos da comunidade. E como acabamos de ver, esse acervo de conhecimentos se objetiva num sistema que dá conteúdo à consciência jurídica de uma específica “comunidade de direito” e densifica normativamente os seus critérios, reconduzindo-os todos a uma mesma validade e permitindo, assim, que as instabilidades tanto da prática legislativa quanto da própria prática jurídica sejam bem administradas e não

¹³⁴⁰ O direito positivo, assevera Hruschka, remete sempre para além de si mesmo e, na sua positividade, é sempre transpositivo (*La comprensione dei testi giuridici*, op. cit., p. 94).

¹³⁴¹ Acreditamos ter assim apenas traduzido à nossa maneira o que encontramos muito mais ampla, fundada e precisamente articulado nas inúmeras lições de Castanheira Neves (v., p. ex., “A autonomia do direito hoje...”, op. cit., pp. 27/8 e 33-8; “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 56-70; *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 174-205).

¹³⁴² Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 58-67.

¹³⁴³ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 175.

¹³⁴⁴ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 74-9.

desestabilizem a comunidade nem prejudiquem as legítimas expectativas dos cidadãos. Embora a prática política deva ser toda ela ordenada ao bem comum, nem sempre será, e, ademais, as demandas que atualmente se dirigem ao Estado e a pluralidade de concepções que concorrem nas arenas políticas se traduzem numa profusão legislativa repleta de incorências e inconsistências que precisa ser equilibrada por uma *praxis* de vocação estabilizadora que privilegie a continuidade em detrimento das profundas e súbitas mudanças a que estaríamos a todo tempo sujeitos se as circunstanciais vontades majoritárias fossem soberanas e não encontrassem nenhuma resistência normativa¹³⁴⁵. É esse, em nosso entendimento, um segundo motivo para que a juridicidade tenha a supremacia no que concerne às questões prático-normativas comunitariamente relevantes. Mas embora tenhamos já, com tudo isso, bons motivos para conferir à juridicidade, com a sua específica intencionalidade, um *status* privilegiado, precisamos reconhecer que o problema da supremacia daquele direito autônomo que se ordena imediatamente ao justo concreto e assim se diferencia no confronto com o político ainda não está inteiramente resolvido. Pois o tal acervo de conhecimentos normativos da comunidade poderia, em tese, ser todo ele concernente às exigências do bem comum político, e aquilo que chamamos de sistema jurídico poderia vir a ser todo ele orientado por essa intenção política, com o que as instabilidades todas que porventura tivessem de vir a ser administradas poderiam, em tese, encontrar o seu contraponto em uma atividade jurisdicional voltada a resguardar sempre o bem comum mediante uma tradução e uma garantia das suas implicações concretas. O que falta considerar, portanto, para que uma juridicidade autônoma e de uma muito específica intencionalidade venha a justificadamente prevalecer, no confronto com as exigências do bem comum, é uma implicação axiológico-normativa da *centralidade comunitária da pessoa*.

Nada melhor a esse propósito do que voltar aos ensinamentos de Maritain, para lembrar que por sua direta relação com o absoluto, e na medida em que é chamada a um destino superior ao tempo, a pessoa transcende a comunidade

¹³⁴⁵ Um sistema jurídico referido a uma validade fundamentante que transcende as suas contingentes objetivações tem, com efeito, essa capacidade de instaurar uma continuidade e assegurar uma continuidade sem as quais não haverá segurança nem paz e sequer uma “ordem social” em sentido próprio (Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., esp. pp. 117, 123 e 178/9; idem, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 180/1). No sentido de que o direito jurisprudencial é um fator de continuidade e estabilização, Esser, *Principio y norma...*, op. cit., pp. 335/6, 352, 362 e 380/1.

política, e desse ponto de vista a própria sociedade e o seu bem comum ficam indiretamente subordinados ao perfeito desenvolvimento da pessoa e às suas supratemporais aspirações, ou seja, a um fim de *outra* ordem que lhes é superior e lhes transcende, razão pela qual a sociedade existe para cada pessoa e lhe é, de certo modo, subordinada. Disso decorrem tanto direitos quanto responsabilidades que não existem nem em razão do Estado nem para o Estado e que estão fora e a salvo da sua esfera de atribuições¹³⁴⁶. E para ajuizar acerca tanto daquilo que sob tais pressupostos deve ficar a salvo da intervenção estatal quanto daquilo que pode a comunidade impor à ou exigir da pessoa, mesmo a pretexto de promover o bem comum, é indispensável convocar um terceiro imparcial comprometido com exigências de uma validade que transcende os pontos de vista das partes e subordina, portanto, inclusive as pretensões avançadas em nome do bem da comunidade. Aplica-se a essa particular situação, afinal, tudo que já nos havia ensinado Castanheira Neves a propósito das pretensões que em geral as pessoas dirigem umas às outras. E se a dignidade e a centralidade comunitária da pessoa impõem, como já havíamos visto, limites àquilo que se pode fazer para avançar o bem comum político, é evidente que um tal conflito não pode ser arbitrado por referência a uma intenção política. Só num juízo imparcial com intenção ao direito que se poderão revelar em concreto as salvaguardas que se terão de estabelecer em favor da pessoa e as responsabilidades que se lhe poderão atribuir para a promoção do bem da comunidade. Evidentemente, podemos por revelação ou esforço filosófico chegar àquelas pressuposições fundamentais quanto à centralidade da pessoa e ir inclusive mais longe, a ponto de extrair daquelas pressuposições algumas implicações mais gerais que nos permitam arrolar até mesmo um considerável número de direitos e responsabilidades que terão de ser atribuídos à pessoa em razão do seu valor e da sua dignidade. Mas Charles Fried mostrou, com bons exemplos e muita eloquência, que por mais que tentemos descer aos pormenores daquilo que são os nossos direitos – e, acrescentaríamos nós, àquelas que são as exigências normativas do reconhecimento da nossa personalidade e da nossa dignidade –, o esforço filosófico para “some twenty feet above the ground”, e todo o resto, que é afinal uma parte indispensável da construção, é da competência da prática jurídica e dos seus métodos, por sua exposição às contingências dos casos concretos e à sua invulgar capacidade de

¹³⁴⁶ Maritain, “The rights of man and natural law”, op. cit., pp. 72-6.

lidar com elas¹³⁴⁷. É da prática jurídica, portanto, que se pode esperar uma densificação normativa das exigências prático-normativas ligadas ao reconhecimento da dignidade da pessoa. E, deve-se acrescentar, *só da prática jurídica*, pois somente no contexto dessa diferenciada prática um terceiro imparcial relativamente até mesmo aos mais elevados fins político-comunitários se vê exposto às exigências que prático-normativamente decorrem diretamente da nossa personalidade nas mais variadas circunstâncias. Quando se diz que o caso deve ser decidido por referência exclusivamente ao justo concreto, está-se a privilegiar, com efeito, uma perspectiva microscópica que põe o acento naquilo que alguém, incluindo a própria comunidade, pode ou não pretender de outrem independentemente e até mesmo a despeito do bem comum, do interesse público e da utilidade social. Então a juridicidade tem a última palavra não apenas porque a sua é uma validade axiológico-normativa que, em nossa época, reconhece e coloca em primeiro plano a dignidade da pessoa¹³⁴⁸, mas também porque *só nessa específica validade, dada uma intenção ao justo concreto e a mediação de um terceiro imparcial, podem ir se precipitando, ao longo do tempo e apesar das instabilidades políticas, todas as exigências prático-normativas daquele reconhecimento e da centralidade comunitária da pessoa*¹³⁴⁹.

Por mais que a política tenha a sua própria intencionalidade axiológico-normativa, ter-se-ão as suas específicas manifestações normativas e executivas de submeterem-se, quando em questão estiver a pessoa, àquela instância crítica que se interpõe independente e imparcialmente entre as pretensões da comunidade e dos cidadãos, e, por referência a fundamentos normativos que transcendem as posições das partes, dá sentido “aos seus direitos, aos seus deveres e às suas responsabilidades”¹³⁵⁰. A legislação será assim assimilada pela juridicidade e em

¹³⁴⁷ Fried, “The artificial reason of the law or: what lawyers know”, op. cit., pp. 57/8.

¹³⁴⁸ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., pp. 175-8.

¹³⁴⁹ Castanheira Neves sempre defendeu, nesse sentido, que se a pessoa é o valor supremo de toda ordem jurídica, “infinidamente acima do Estado e das suas leis”, será como que um seu corolário normativo que ao princípio da justiça formal se substitua uma justiça material que “vem a decidir não por dedução lógica, mas por adequação normativa ao conteúdo concreto do caso e das situações decidendas” (*Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 507). Daí vai um simples passo para sustentar, como estamos a fazer, que a dignidade da pessoa confere um *status* superior àquela normatividade *porque e enquanto* privilegia a solução dos problemas “por adequação normativa ao conteúdo do caso concreto e das situações decidendas”.

¹³⁵⁰ Castanheira Neves, “A imagem do homem no universo prático”, op. cit., p. 336.

circunstâncias ótimas articular-se-ão a intencionalidade política e a jurídica. Mas mesmo que a lei continue a ser substituída aos objectivos do puro poder, como sempre fora¹³⁵¹, a lei desordenada encontrará sempre um contraponto numa atividade judicativa que fará o seu controle, numa intenção tão-só ao direito¹³⁵². Isso significa que a legalidade, tendo embora uma sua autônoma intencionalidade, será no contexto da sua prático-judicativa aplicação *enriquecida* por uma intencionalidade de índole diversa e acabará por concorrer para a realização do direito através de uma decisão adequada ao caso concreto, a fim de que a ordem da sociedade seja permeada por aquela validade que se descortina na discussão e na apreciação judicativa do que é devido de algo a alguém em uma particular situação conflitiva¹³⁵³. Sem isso, não se pode esperar alcançar uma “ordem justa”, se a compreendermos como aquela em que cada um tem o que é seu, consideradas as relações que se estabelecem da comunidade para com os indivíduos, dos indivíduos para com a comunidade e dos indivíduos entre si¹³⁵⁴. E mesmo aquela juridicidade material que a Constituição assume, com os direitos fundamentais e os princípios normativos que assim consagra, ter-se-ão de remeter a um “fundamento transconstitucional” e submeter a uma densificação de sentido normativo “numa intenção de autonomia constitutivo-fundamentante ao direito como direito”¹³⁵⁵. O próprio o povo será, enfim, como era antes o “soberano” medieval, submetido a uma ordem de validade material, pois os encarregados da “aplicação” do direito deverão colocar as expressões normativas da vontade popular em máxima conformidade com aquela ordem de validade¹³⁵⁶. Só assim, e se com isso o direito assumir a verdadeira soberania comunitária, submetendo mesmo a Constituição à normatividade jurídica, a ordem política, qualquer que seja a sua estrutura, e mesmo que as instâncias políticas venham porventura a assumir uma intenção instrumental e a privilegiar

¹³⁵¹ Wieacker, *História do direito privado moderno*, op. cit., p. 675.

¹³⁵² Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 02; idem, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 604-6.

¹³⁵³ “[R]econhecer a integração por critérios normativos que transcendem a lei, mesmo naquele domínio que se poderá dizer formalmente coberto pelo sistema legal, não é desobedecer à lei, é antes enriquecê-la daquele modo de que ela necessita para ser um instrumento normativo capaz de se desempenhar da sua própria função de direito, de concorrer na realização do direito através da decisão juridicamente adequada dos casos concretos” (Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 295).

¹³⁵⁴ Pieper, *La giustizia*, op. cit., pp. 26 e 73/4.

¹³⁵⁵ Castanheira Neves, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz»...”, op. cit., p. 11.

¹³⁵⁶ Gierke, *Political theories of the Middle Age*, op. cit., pp. 85/6.

interesses parciais, poderá constituir-se também e estabilizar-se na história como uma autêntica ordem de direito¹³⁵⁷. Com o que só resta agora ver quais são os limites a que se deve submeter a própria jurisdição, para que nessa ordem o direito preserve a sua autonomia e, ao preservá-la, contribua para que a comunidade política continue a oferecer uma habitação apropriada para esse ser singular que é a pessoa.

4. Conclusões: a autonomia do direito e os limites da jurisdição

A nossa incursão na filosofia política clássica mostrou que a ordem da sociedade deve abrir-se e manter-se aberta a exigências de validade que transcendem a sua contingente e circunstancial normatividade positiva, pois é essa uma implicação da nossa própria abertura para a transcendência e, portanto, uma condição para que a comunidade política constitua para nós uma habitação apropriada. Mostrou também que para isso realizar-se é preciso que a ordem da sociedade institua vias de abertura que resultem numa sua permeabilidade àquelas normativas exigências. A filosofia política clássica conheceu uma dessas vias de abertura, que é aquela decorrente de uma ordenação ao bem comum que se realiza através da legislação, sob a orientação do filósofo. Com o advento da modernidade, mesmo essa via, contudo, foi fechada. A ordem da sociedade já não poderia vir referida nem manter-se aberta a exigências de qualquer normatividade superior. O saber, e especialmente a prudência, perdeu toda a sua autoridade. Mas com isso fechou-se também uma segunda via de abertura que os gregos não poderiam ter conhecido, mas os romanos conheceram bem. Um mergulho em nossa antiga tradição jurídica, e também na compreensão que tinham de si e da juridicidade os juristas do *common law*, mostrou, com efeito, que, para além da legislação, há uma outra privilegiada via institucional de abertura para uma validade que transcende a ordem da sociedade: a via de uma prática prudencial voltada ao autônomo problema do justo concreto. Com isso aprendemos que a permeabilidade normativa da ordem da sociedade se realiza de formas diferentes por referência a diferentes intencionalidades. A atividade legislativa abre a comunidade, como já acreditavam os gregos, para aquelas particulares exigências de uma validade que se descortina

¹³⁵⁷ Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., pp. 215-39; idem, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, op. cit., pp. 848-71; idem, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, pp. 408/9; idem, “Justiça e direito”, op. cit., pp. 285/6.

em resposta ao problema do bem comum político. Mas há, para além dessa específica intencionalidade política, uma diversa e autônoma intencionalidade que se realiza numa outra esfera que não é a da legislação. A prática jurídica toma para si, de fato, uma problemática diferente daquela que assumem as instâncias políticas, e em resposta ao seu específico problema vão se revelando certas exigências prático-normativas que consubstanciam uma autônoma validade material que vai permeando a ordem da sociedade tanto quanto aquela validade que em condições adequadas vai se precipitando na legislação, em resposta à questão político-comunitária do bem comum político. Um dos objetivos desta investigação era, precisamente, o de contribuir para desfazer a confusão entre essas diversas intencionalidades normativas que distinguem o jurídico e o político, o direito e a lei, a fim de identificar os diferentes sentidos que devem assumir a prática jurisdicional e a atividade legislativa. Nenhuma dessas intencionalidades pode ser negligenciada, pois em abertura tanto a uma quanto à outra a ordem da sociedade se deixa permeiar por materiais exigências normativas que vão dando resposta a dois círculos problemáticos fundamentais que não podem deixar de mobilizar as instituições comunitárias: um concernente ao justo concreto e pertencente ao domínio do jurídico, o outro concernente ao bem comum e pertencente ao domínio do político. A questão passa a ser, então, a de como articular na ordem da sociedade essas diferentes intencionalidades, a fim de que se constitua e estabilize na história uma autêntica ordem política de direito. Defendemos que assim se qualifica apenas aquela ordem comunitária concomitantemente orientada ao bem comum e sujeita às exigências de uma normatividade especificamente jurídica, ou seja, a uma validade normativa material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto. E defendemos também que, embora se imponha uma articulação que preserve a autonomia de cada uma daquelas intencionalidades, é a do direito que, em última instância, tem a primazia. De todo modo, para que a ordem da sociedade se mantenha aberta a essas duas intencionalidades e preserve as respectivas vias de abertura, é necessário que os limites de cada uma delas estejam bem estabelecidos e que as práticas institucionais através das quais a ordem se abre a essas diferentes validades fiquem sujeitas a limites que decorrem da índole mesma das respectivas intencionalidades e da necessidade de proteger as autonomias de uma e da outra. Com todas essas premissas estabelecidas, podemos nos voltar especificamente ao

problema dos limites a que deve ficar sujeita a jurisdição para que o direito preserve a sua autonomia e, com isso, se estabilize uma autêntica ordem de direito.

4.1) A autonomia intencional do direito e os limites intencionais da jurisdição

Vimos anteriormente quais são as mais diretas implicações da supremacia do direito. Em suma, (a) cada manifestação da juridicidade, e portanto também a lei em sentido mais amplo, incluindo a lei constitucional, só virão a constituir direito em sentido próprio na medida em que sejam, e tal como vierem a ser, assimiladas pelo *corpus iuris*; o que significa (b) que a norma legal adquirirá o seu específico sentido jurídico quando suscitar-se o problema do que é devido a alguém por referência à norma ou em razão dela e esse problema vier a ser resolvido mediante uma densificação normativa do sentido da prescrição em perspectiva microscópica, com intenção ao justo concreto e por referência tanto ao problema quanto ao sistema; e, por fim, que (c) a norma deverá ser “desaplicada” se dela não puder extrair-se uma solução praticamente adequada ao caso sem violação aos valores e princípios nucleares da juridicidade. Nada disso significa, contudo, que a jurisdição deverá se encarregar de um controle da intencionalidade da lei ou mesmo aplicá-la com intenção ao seu fim especificamente político, e não com intenção ao direito. O que não poderá nunca o juiz fazer, por implicação de todas as considerações precedentes, é aplicar ou deixar de aplicar a norma com intenção não ao justo concreto e descuidando da exigência de que seja prático-concretamente assimilada ao sistema jurídico, mas com direta intenção ao bem comum ou para a realização de qualquer outro objetivo ou projeto político e sem a preocupação de integrar logradamente a norma ao *corpus iuris* por referência ao qual a prescrição normativa deveria assumir um determinado sentido jurídico e permitir uma prático-normativamente adequada solução do caso. Pois isso, como temos vindo a sustentar, iria contra a autônoma intencionalidade do direito, e não corresponde à vocação da jurisdição, nem tem o juiz, para a assunção de tais tarefas, autoridade ou legitimidade. Se viesse a assumi-las, extrapolar-se-iam os limites a que deve submeter-se a jurisdição se queremos que o direito preserve a sua autonomia e, com isso, se estabilize uma autêntica ordem de direito. Temos assim uma primeira, uma mais geral e fundamental demarcação dos limites da jurisdição: toda atividade jurisdicional deverá voltar-se apenas à explicitação e à realização prático-judicativa

do justo concreto e não poderá privilegiar nenhuma outra intenção em detrimento dessa que é a sua própria.

Isso estava já, contudo, bem assentado no nosso ponto de partida. De todo modo, acreditamos que estão ainda por explicitar algumas implicações importantes dessa vinculação da jurisdição à autônoma intencionalidade do direito, e é isso indispensável uma vez que tenhamos reconhecido uma intencionalidade política de índole também axiológico-normativa, pois do contrário pode parecer que da axiológico-normativa validade que constitui o direito, e bem assim da sua prático-concreta supremacia, todas as questões daquela índole deverão ser submetidas a um controle judiciário. Isso seria um grave erro, pois um juiz que tomasse para si a decisão de todas as questões comunitárias revestidas de relevância axiológico-normativa acabaria por (ter que) assumir uma intenção política. O que precisamos melhor explicitar é, portanto, que as questões atinentes ao bem comum político, e especialmente ao modo de promovê-lo, *não são da competência da jurisdição*, e, portanto, os juízes nem deverão colocar-se a realizá-lo diretamente, com essa específica intenção, nem poderão fazer um controle da adequada ordenação da legislação às exigências do bem comum. Isso subtrai do âmbito das tarefas da jurisdição uma enormidade de questões que têm sido resolvidas pela via jurisdicional e exclui que mesmo aquelas que tenham que ser decididas pelos juízes recebam da jurisdição um tratamento político. Acreditamos que com isso vamos um pouco além daquela demarcação que reserva à legislação a “intencionalidade estratégica, reformadora e programática”¹³⁵⁸ e, assim, pode acabar por dar ensejo a uma transposição para o domínio da juridicidade e, conseqüentemente, da jurisdição, de todas as questões comunitárias de índole axiológico-normativa. Embora as questões políticas devam também submeter-se a uma intencionalidade dessa índole, uma vez que o bem comum traduz uma exigência normativa de caráter axiológico, há-de reconhecer-se que se trata de uma intencionalidade estritamente política cuja realização deve ser reservada às instâncias políticas, razão pela qual o juiz sequer aplicará a lei em cumprimento à intencionalidade da legislação e jamais tomará para si a atribuição de realizá-la senão apenas mediatamente e para cumprir a intenção da juridicidade.

¹³⁵⁸ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 236.

A urgência dessa maior delimitação decorre de uma preocupante peculiaridade da dogmática jurídica contemporânea e das suas cotidianas implicações práticas. Referimo-nos a uma alarmante indistinção dogmática entre princípios jurídicos e políticos, entre exigências normativas especificamente jurídicas e ideais ou objetivos sociais, e entre preceitos constitucionais que consagram uns e outros. Essa indistinção faz com que todas as questões concernentes ao bem comum político sejam transformadas em questões jurídicas, e coloca o juiz tanto sob exigências estritamente jurídicas quanto sob exigências exclusivamente políticas, como se todas integrassem um mesmo *corpus* normativo e como se tanto umas quanto as outras estivessem sob a direta responsabilidade da jurisdição. Para isso têm contribuído com muito força – especialmente no Brasil, e portanto naquele contexto em que a problemática em causa mais diretamente nos interpela – as chamadas teorias dos princípios. Vejamos então, em caráter meramente ilustrativo, e nos estreitos limites daquilo que uma conclusão comporta, como as mais influentes teorias dos princípios jurídicos têm concorrido para aquela indistinção que nos preocupa, e em que termos as nossas considerações precedentes oferecem critérios para uma mais precisa diferenciação do que pertence, de um lado, ao domínio do jurídico, e, de outro, ao domínio do político.

Os princípios jurídicos vieram ao primeiro plano do debate filosófico-jurídico em razão da proeminência que adquiriu o conhecido “ataque geral ao positivismo” promovido por Dworkin. Tomando por referência a teoria do direito de Hart, Dworkin identificou as “proposições centrais” do positivismo: (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras (*rules*) identificadas não pelo seu conteúdo, mas pelo seu *pedigree*; (b) o conjunto dessas regras é exaustivo do que é “o direito”, de modo que se um caso não é claramente coberto por uma tal regra, não poderá ser resolvido através da “aplicação do direito”, mas sim por uma autoridade, como um juiz, que terá de “usar sua discricção”, buscando além do direito algum tipo de *standard* para guiá-lo na criação de uma regra nova ou na complementação de uma antiga; e (c) quando o juiz decide uma questão pelo exercício da sua discricção, ele não está, quanto a essa questão, fazendo valer um direito (*legal right*)¹³⁵⁹. O “ataque geral” prometido por Dworkin foi organizado “em torno do fato de que quando os juristas raciocinam ou debatem sobre direitos e obrigações jurídicos, particularmente

¹³⁵⁹ Dworkin, “The model of rules I”, op. cit., p. 17.

naqueles casos difíceis (*hard cases*) quando nossos problemas com estes conceitos parecem mais graves, eles fazem uso de *standards* que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios (*principles*), políticas (*policies*) e outros tipos de *standards*". Segundo Dworkin, o positivismo "é um modelo de e para um sistema de regras, e sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a perder a percepção dos importantes papéis desses *standards* que não são regras"¹³⁶⁰. Num primeiro momento, o propósito de Dworkin é, portanto, o de avançar uma adequada diferenciação entre as regras e esses *standards* em geral, aí compreendidos tanto os princípios em sentido próprio quando as *policies*¹³⁶¹. Dworkin proporá dois critérios de distinção. Quanto ao modo de dirigir a decisão, as regras aplicar-se-iam à maneira de um tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*) – se os fatos que caem sob o suporte fático da regra se verificam, ou é ela válida e a solução a dar é a que prescreve, ou não é válida e como tal sua relevância para a solução do caso é nenhuma –, enquanto os princípios são "algo que as autoridades devem considerar, se for relevante, como uma consideração que inclina em uma direção ou noutra". O segundo critério distintivo diz respeito a uma certa "dimensão de peso ou importância" que as regras não teriam: quando os princípios se cruzam, deve-se resolver o conflito considerando o peso relativo de cada um, e não por uma exclusão referida à validade¹³⁶². Dworkin sustentará, contra o positivismo, que pelo menos os princípios em sentido próprio são desde logo critérios jurídicos, e não critérios extrajurídicos nos quais o juiz vai buscar uma solução quando inexiste regra aplicável integrada ao sistema por uma questão de *pedigree*. As suas conclusões são bem conhecidas e podem ser rapidamente mencionadas: (a) alguns princípios são vinculantes como direito e devem ser considerados por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas; (b) as regras, por consequência, não são exaustivas do que é o direito; (c) ao decidir casos difíceis (*hard cases*) para os quais não há regras claras o juiz se mantém vinculado aos princípios, e por isso não usa sua discricção, no sentido forte do termo ("one right answer thesis"); e (d) uma obrigação jurídica pode ser imposta por uma constelação de princípios assim como por uma regra estabelecida. Quando, portanto, a prático-normativa problematidade do caso reclama uma regra que o sistema não contempla, o critério deve ser

¹³⁶⁰ Dworkin, "The model of rules I", op. cit., p. 22.

¹³⁶¹ Dworkin, "The model of rules I", op. cit., pp. 22/3.

¹³⁶² Dworkin, "The model of rules I", op. cit., pp. 24-7.

buscado nos princípios, e uma vez que o caso tenha sido decidido por referência aos princípios poder-se-á dizer que foi adotada e aplicada uma nova regra¹³⁶³.

O fundamental para o presente argumento concerne ao *status* desses princípios. Dworkin propõe uma relevante distinção, a que já aludimos, entre *principles* em sentido próprio e o que ele chama de *policies*. E sustenta, por direta implicação da sua compreensão da comunidade como uma “community of principle” (aquela cujos membros são governados não apenas por regras criadas por acordos políticos mas especialmente por princípios comuns, dos quais decorrem direitos e deveres independentemente de uma formal identificação ou declaração) e da virtude da integridade política que orienta a *praxis* de uma tal comunidade¹³⁶⁴, que as decisões judiciais devem ser decisões *de princípio*, ou seja, decisões determinadas não por *arguments of policy*, que são aqueles que indicam que um particular curso de ação avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, e sim por *arguments of principle*, que são, diversamente, aqueles que mostram que a decisão respeita ou assegura o direito (*right*) de algum indivíduo ou grupo¹³⁶⁵. Essa é certamente uma diferenciação promissora, pois contribui para um enfrentamento do problema da indistinção entre critérios e decisões jurídicos e políticos, e mesmo dos sentidos político e jurídico, da *ratio legis* e da *ratio iuris*, de uma mesma norma¹³⁶⁶. Não nos parece, contudo, que Dworkin avance suficientemente, pois tudo em última instância acaba por se reconduzir ao domínio do político. Os *principles* são caracterizados como proposições que “descrevem direitos”, ao passo que *policies* são aquelas proposições que “descrevem objetivos”. Um direito é, porém, “um objetivo político individualizado”¹³⁶⁷. E por mais que o princípio da integridade exclua um direto apelo à *policy* e remeta sempre o juiz à prática jurídica precedente e aos critérios que até então consagrou, as questões jurídicas acabam por se resolver, especialmente nos chamados *hard cases*, por referência a alguma “moralidade política”, pois quando a dimensão da interpretação que concerne à adequação à

¹³⁶³ Dworkin, “The model of rules I”, op. cit., pp. 28 e ss.

¹³⁶⁴ Ronald Dworkin, *Law’s empire*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004, esp. pp. 166 e 208-16.

¹³⁶⁵ Dworkin, “Hard cases”, op. cit., pp. 82-4.

¹³⁶⁶ José Manuel Aroso Linhares, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”, *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Nuno M. M. Santos Coelho & Antonio Sá da Silva (org.), Salvador, Juspodivm, 2012, pp. 161/2.

¹³⁶⁷ Dworkin, “Hard cases”, op. cit., pp. 90/1.

prática precedente (*dimension of fit*) deixa ainda por resolver o problema de qual é a melhor solução para o caso, o juiz deve se perguntar qual das possíveis interpretações faz da prática jurídica da comunidade e dos seus registros “o melhor que pode ser do ponto de vista da moralidade política substancial” (“Which story shows the community in a better light, all things considered, from the standpoint of political morality?”). A resposta dependerá das convicções do juiz acerca de certas virtudes constitutivas da moralidade política (a justiça e a equidade) – não apenas, a bem dizer, de suas convicções acerca de qual é superior “as a matter of abstract justice”, mas também acerca de qual deveria ser seguida “as a matter of political fairness” – e a sua preferência refletirá “a higher order level of his own political convictions, namely his convictions about how a decent government committed to both fairness and justice should adjudicate between the two in this sort of case”. A tarefa do juiz será enfim a de quem precisa chegar a um “political judgment” em que entra em jogo a sua “political conviction” acerca da melhor interpretação de um “political record” por referência a certas “political virtues”¹³⁶⁸. Isso tudo mostra que por mais que a distinção entre *arguments of principle* e *arguments of policy* possa ser aproveitada para uma demarcação dos domínios do político e do jurídico, a compreensão da tarefa do juiz proposta por Dworkin mais contribui para uma indiferenciação do que o contrário. Os “princípios” por referência aos quais o juiz deve justificar a sua decisão são, afinal, implicações normativas de alguma moralidade política e a melhor expressão possível das práticas da comunidade como um todo, e assim Dworkin acaba por asseverar que o juiz deve adotar a direção que lhe pareça correta “as a matter of political principle”¹³⁶⁹. E quando se tratar da resolução de um caso por referência à legislação (*statute*), nem mesmo a exclusão do apelo às *policies* a que antes estava o juiz sujeito persistirá: “he must consider justifications of policy as well as of principle, and in some cases it might be problematic which form of justification would be more appropriate”¹³⁷⁰. Então nos casos que convoquem a legislação, como normalmente ocorre em nosso contexto, o juiz ver-se-á sob o imperativo de dar às práticas da sua comunidade a melhor

¹³⁶⁸ Dworkin, *Law's empire*, op.cit., pp. 243, 248-50 e 255/6.

¹³⁶⁹ Dworkin, *Law's empire*, op.cit., p. 258.

¹³⁷⁰ Dworkin, *Law's empire*, op.cit., pp. 338/9

continuação possível à luz tanto dos seus princípios quanto dos seus objetivos políticos¹³⁷¹.

A teoria dos princípios de Alexy, que é provavelmente a mais influente no nosso contexto prático-jurídico, preocupa ainda mais quando o problema em questão é o da autonomia do direito. Os princípios jurídicos são aí *mandados de otimização*: aquelas normas “que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas”. Enquanto as regras exigem “um cumprimento pleno”, e por isso só podem ser ou cumpridas ou descumpridas, a depender da sua validade, os princípios “podem ser cumpridos em diversos graus”, a depender tanto das possibilidades fáticas quanto das possibilidades que vão determinadas por um confronto com outros princípios e com regras “que jogam em sentido contrário”¹³⁷². Alexy diverge de Dworkin quanto à exata caracterização das regras¹³⁷³, mas concorda quanto à “dimensão de peso” que têm os princípios, e propõe que em caso de colisão sejam os princípios relevantes submetidos a uma “ponderação” orientada por uma específica aplicação do princípio da proporcionalidade designada “lei da ponderação”¹³⁷⁴. Mas Alexy não propõe nenhum critério de diferenciação análogo ao que distingue os princípios em sentido próprio e as *policies*. Pelo contrário, equipara sem ressalvas os princípios que atribuem direitos e aqueles que ordenam a persecução dos interesses da

¹³⁷¹ Em obra mais recente, Dworkin deixou ainda mais clara a subordinação da juridicidade ao domínio do político, pois trata o direito como um ramo da moralidade política (“law is a branch, a subdivision, of political morality”). Nessa integração daquelas esferas que Dworkin designou “departments of evaluation” (ética, moralidade pessoal, moralidade política e direito), a política e o direito se veem reconduzidos a um único sistema (“one system picture of law and politics”), e os direitos são francamente tratados como direitos políticos que se distinguem apenas (a) “because they are properly enforceable on demand through adjudicative and coercive institutions without need for further legislation or other lawmaking activity”, e (b) por serem oponíveis “as trumps over the collective good”. E se nesses termos se coloca o problema de se um determinado direito prevalece contra um bem coletivo, aparentemente a resposta de Dworkin é: quando no caso essa é a interpretação que melhor corresponde aos nossos padrões morais e políticos (*Justice for hedgehogs*, Cambridge/London, Belknap Press, 2011, pp. 05, 405-7 e 414/5).

¹³⁷² Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., pp. 143/4; idem, *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2002, pp. 86-8; idem, “A construção dos direitos fundamentais”, *Teoria discursiva do direito*, 2ª ed., tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissnono, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2015, p. 146.

¹³⁷³ Alexy, “Sobre o conceito de princípio jurídico”, *Teoria discursiva do direito*, 2ª ed., tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissnono, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2015, pp. 174-8.

¹³⁷⁴ Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., pp. 147/8; idem, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 157 e ss.; idem, “A construção dos direitos fundamentais”, op. cit., pp. 152-9.

comunidade, excluindo por inconveniente a distinção proposta por Dworkin¹³⁷⁵. Por considerar que tanto os direitos individuais quanto os “bens coletivos” podem ser objetos de princípios, Alexy reúne sob essa única categoria princípios tão diferentes quanto o da dignidade humana, o da liberdade, o da igualdade, o da democracia, o do Estado de Direito e o do Estado Social¹³⁷⁶, e ainda, sempre por referência a decisões do *Bundesverfassungsgericht*, “normas” tais como aquelas que têm por objeto a saúde pública, o abastecimento energético, a segurança alimentar, a luta contra a desocupação e a segurança da república, além, até mesmo, de princípios que se referem a “interesses comunitários relativos”, como, por exemplo, o “princípio” da conservação e promoção dos ofícios manuais¹³⁷⁷. O que parece conferir juridicidade a todas essas “normas jurídico-fundamentais” é a incorporação pela Constituição de exigências morais para as quais o sistema jurídico se abre¹³⁷⁸. Os textos legais ou constitucionais, o discurso jurídico e o processo judicial são apenas os modos de uma assimilação e de uma progressiva determinação de exigências morais que assim passam a integrar o sistema jurídico e que vêm a ser submetidas a um discurso racional que concilia as dimensões real e ideal do direito, expressas como que numa dicotomia entre regras que encerram um “dever ser” definitivo ou real, e princípios que expressam um dever ser *prima facie* ou ideal¹³⁷⁹. Então um juiz encarregado da solução prático-judicativa de casos jurídicos concretos se verá sob uma enormidade de mandados de otimização que ordenam tanto a garantia de direitos quanto a realização, na maior medida possível, de abrangentes e heterogêneas exigências cuja juridicidade depende apenas de uma assimilação constitucional ou legal. Isso significa que o juiz, apesar de umas tantas reservas de lei, pode ser e tem de fato vindo a ser chamado a “realizar” a democracia, o Estado de Direito, o Estado Social, a saúde pública, a segurança alimentar, o abastecimento energético e assim por diante. Só que assim se torna verdadeiramente impossível distinguir o que pertence ao domínio do jurídico e ao do político, e fica completamente afastada a possibilidade mesma de uma qualquer tentativa de

¹³⁷⁵ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 101, 106, 109 e 111.

¹³⁷⁶ Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., p. 144.

¹³⁷⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 109/10 e 131/2.

¹³⁷⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 525.

¹³⁷⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 529 e ss.; idem, “A dupla natureza do direito”, *Teoría discursiva do direito*, 2ª ed., tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2015, *passim*.

adscrição da atividade jurisdicional à autônoma intencionalidade do direito, tal como propusemos que seja compreendida. Evidentemente, um juiz encarregado de cumprir otimadamente as exigências de tudo aquilo que passou a integrar a categoria dos princípios jurídicos acaba por ser posto a serviço de intencionalidades tipicamente políticas, e dessa maneira a jurisdição é transformada em instância de realização de objetivos que não são os seus.

Uma compreensão dos princípios jurídicos aderente à autônoma intenção da juridicidade e atenta ao seu específico modo de constituição e desenvolvimento mostra, por outro lado, que a autonomia intencional do direito submete a jurisdição a limites intencionais suscetíveis de restringir drasticamente o espectro das tarefas que devem ser assumidas pelos nossos juízes e tribunais. Encontramos alguns importantes traços de uma tal compreensão na obra que Josef Esser dedicou, já há algumas décadas, aos princípios jurídicos. Faz toda diferença, afinal, a inversão de perspectiva que orienta a sua abordagem: em vez de olhar para a juridicidade a partir dos critérios normativos que orientam a prática, Esser se volta à prática para mostrar como é dela que emergem os critérios propriamente jurídicos. Nessa que é, como temos defendido, a perspectiva própria de uma juridicidade autônoma intencionada ao justo concreto, os princípios jurídicos adquirem contornos muito diferentes daqueles que assumem nas concepções que acabamos de analisar. Em vez de consubstanciarem exigências de uma moralidade política, uma primeira determinação normativa de implicações morais mais gerais ou mesmo um resultado normativo da circunstancial imposição de uma específica orientação jurisprudencial por uma instância superior, os princípios jurídicos são formulações jurisprudenciais de critérios que acabaram por se consagrar na prática jurídica para a solução judicativa de problemas jurídicos concretos, e permanecem, assim, sujeitos a uma prática reconstrução conforme às exigências dos casos jurídicos subsequentes¹³⁸⁰. Em vez de adquirirem sentido e virem incorporados ao *corpus iuris* por meio de considerações teoréticas ou prescrições constitucionais ou legislativas, vêm conformados indutivamente a partir dos casos e dos problemas que suscitam, e

¹³⁸⁰ Esser, *Principio y norma...*, op. cit., esp. pp. 354 e 409/10. Fernando José Bronze descreve em termos substancialmente análogos o modo como se vão revelando os princípios jurídicos: “Em termos genéricos, diremos que são revelados como intenções práticas que o pensamento jurídico vai excogitando: as instâncias a quem estiver cometida a constituição do direito, ao reflectirem as soluções concretas para as controvérsias jurídicas que emergem num determinado horizonte comunitário, não podem deixar de inferir os seus pressupostos fundamentantes – afinal, os princípios normativos” (*Lições de introdução ao direito*, op. cit., p. 633).

adquirem autoridade e relevância prático-judicativa por sua comprovada capacidade de orientarem adequadamente a solução de uma série de casos que suscitam problemas análogos¹³⁸¹. Em vez de abstrair da prática, tais princípios se mantêm presos à casuística e só se deixam perspectivar a partir dos casos e na medida em que consubstanciam as razões de decidir que justificam as soluções já dadas a casos precedentes¹³⁸². São esses os princípios autenticamente jurídicos que, emergindo da prática e pela mediação da doutrina, dão substância ao *corpus iuris*, orientam a assimilação e a concreta aplicação das prescrições constitucionais e legais e conferem à atividade judicativa uma racionalidade própria que orienta com razoabilidade e segurança a *praxis*, conferindo estabilidade à ordem a despeito das inconstâncias da legislação política¹³⁸³.

Só o que a partir daí falta, para uma adequada compreensão dos princípios jurídicos e para uma sua suficiente diferenciação de outros *standards*, é a sua normativa referibilidade à autônoma intencionalidade do direito e o reconhecimento de que a sua validade, ou a validade que neles se consubstancia, vem da circunstância de terem sido praticamente consagrados por estabilizarem um certo conhecimento prudencial acerca das exigências que vão sendo descobertas por uma prática orientada ao justo concreto¹³⁸⁴. Com isso os princípios jurídicos adquirem uma identidade muito própria e contornos bem circunscritos: são formulações que vieram a adquirir relevância prático-judicativa e densidade prático-normativa em resposta ao problema do que de algo é devido a alguém em certas particulares circunstâncias. Os princípios que os juízes são apropriadamente convocados a “realizar” são, portanto, apenas essas formulações que a prática consagrou em resposta ao problema do justo concreto, porque é este e tão-somente este o problema que cabe ao juiz resolver. A dignidade humana, a igualdade, a liberdade e outras categorias semelhantes constituem, nesses termos, autênticos princípios *jurídicos* só na medida e nos termos em que tenham sido prático-

¹³⁸¹ Esser, *Principio y norma...*, op. cit., esp. pp. 235, 340-2 e 370.

¹³⁸² Esser, *Principio y norma...*, op. cit., esp. pp. 249, 329, 342/3.

¹³⁸³ Esser, *Principio y norma...*, op. cit., esp. pp. 286/7, 310/11, 316/7, 323, 331, 335/6, 352, 361/2, 370, 380/1, 383-6 e 388-412. Acerca da articulação entre a doutrina e a jurisdição, especialmente do papel da doutrina no processo por meio do qual vêm a ser inseridos no *corpus iuris* das objetivações normativo-dogmáticas os critérios jurisprudenciais obtidos por inferência/generalização a partir das *rationes decidendi*, v. Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., esp. pp. 88-90.

¹³⁸⁴ Só assim é possível, em nosso entendimento, superar as críticas de Kelsen à teoria dos princípios de Esser (v. *Teoria generale delle norme*, op. cit., pp. 183/4).

judicativamente invocadas para solucionar o problema do que é concretamente devido a alguém em uma série de situações conflitivas mais ou menos determinadas. Não estamos com isso, evidentemente, a sustentar que a dignidade humana é uma criação jurisprudencial, ou que as exigências normativas que simbolizamos e vamos densificando por referência à igualdade ou à liberdade só existem se tiverem e nos termos em que tenham sido juridicamente assimiladas pela prática jurídica. Essa e outras tantas são categorias de que podem se apropriar a especulação filosófica ou moral, o pensamento político e as formulações normativas da estrutura e dos ideais e propósitos político-comunitários de uma dada sociedade, como habitualmente fazem as constituições. Mas em cada uma dessas esferas essas categorias darão respostas a problemas que são próprios dessas particulares esferas e adquirirão um sentido que vêm daquelas respostas e dos problemas que levaram a elas. A igualdade certamente terá sentidos e relevâncias diferentes na especulação filosófica, na articulação de uma crença religiosa, na instituição de um regime político, na elaboração de políticas públicas e na solução de casos jurídicos. A democracia é certamente tanto um regime quanto um ideal político, e pode como tal vir a ser consagrada pela Constituição. Mas isso não significa que no contexto de um caso jurídico se imponha ao juiz, como uma sua tarefa imediata, a “realização” da democracia. Nada disso exclui, contudo, que a democracia possa adquirir significado especificamente jurídico e traduzir exigências prático-normativas no e para a solução de um problema jurídico. É o que *pode* vir a acontecer, por exemplo, quando é levado ao Poder Judiciário o problema de se alguém reúne condições de elegibilidade que permitam concorrer a um cargo público, ou a questão concernente aos documentos que um cidadão precisa apresentar para exercer o seu direito ao voto. Mas a tarefa própria e imediata do juiz é a de elucidar e decidir se, consideradas certas particulares circunstâncias que só o caso dirá quais são, a alguém é devida uma oportunidade de participação no processo eleitoral, votando ou sendo votado. A questão da democracia pode talvez nem sequer precisar entrar em discussão, se critérios jurídicos disponíveis oferecerem ao caso uma solução prático-normativamente ajustada independentemente de quaisquer considerações acerca do que significa vivermos nós em um regime democrático, e a despeito de algum desacordo mais fundamental acerca da democracia e das suas implicações¹³⁸⁵. E se

¹³⁸⁵ A perspectiva microscópica determinada pela específica intenção do direito se satisfaz, afinal, com certos “incompletely theorized agreements”, e inclusive recomenda que o juiz, por seu papel,

tiver de entrar, deverá ser por referência ao significado que assume ou deverá assumir a democracia para a solução de tais problemas, com o que acabará por ser invocado e normativamente densificado um princípio democrático de índole jurídica, não política, e isso mesmo que o significado político ou político-constitucional da democracia venha a informar a configuração desse democrático princípio jurídico, como é natural que aconteça com categorias que têm significado e relevância em outras áreas do conhecimento e noutros domínios práticos. Parece, aliás, que foi algo assim que Esser quis dizer quando asseverou que o sistema dos princípios jurisprudenciais descansa sobre suas próprias verdades¹³⁸⁶.

Nesses termos, é possível distinguir os princípios autenticamente jurídicos com os quais está comprometida a jurisdição e outros que não são jurídicos, e ainda o sentido jurídico de princípios que podem ter também sentido e relevância não jurídicos. Isso passa, se não incorremos em erro, por uma distinção entre os preceitos constitucionais e legais de índole estritamente jurídica e os que não têm essa índole, assim como por uma distinção entre o sentido que esses preceitos podem ter *para o direito*, de um lado, e *para a política*, de outro. Quando a Constituição ordena, por exemplo, a proteção do meio ambiente, não se pode aí ver um mandado ao juiz para que se encarregue da proteção do meio ambiente. Mas pode cair sob sua jurisdição um caso em que se discuta se a alguém é devida uma específica licença ambiental, ou se alguém pode prosseguir uma obra apesar dos riscos ambientais que implica. Certamente terá o juiz de decidir se a licença é devida, ou se cabe à parte o direito de continuar a obra em questão, mas não lhe compete estabelecer as condições em geral de um licenciamento ambiental ou que limites certo tipo de obra deve em geral observar para a preservação do meio ambiente, pois, embora a Constituição tenha estabelecido que o meio ambiente deve ser protegido, o problema de *como* deverá esse objetivo político-comunitário ser realizado não é um problema jurídico. Se houver já uma determinação normativa nesse sentido que permita ao juiz decidir se, dadas as circunstâncias, tem ou não a parte direito à licença ou à realização da obra, o problema de como realizar um objetivo político e com ele o bem comum terá sido já, em princípio, ultrapassado,

evite extrapolar o recurso àquelas regras e analogias por referência às quais as pessoas alcançam convergência acerca de problemas particulares “without resolving large-scale issues of the right or the good” (Cass R. Sunstein, *Legal reasoning and political conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 03-09).

¹³⁸⁶ Esser, *Principio y norma...*, op. cit., p. 351.

mediante normativas que dirão quais os requisitos para um licenciamento e quais os limites a que deve ficar sujeito um empreendimento, e então poderá o juiz referir a tais normativas para decidir o que é devido às partes¹³⁸⁷. E mesmo que não haja uma tal disciplina jurídica, julgará o juiz o caso enfrentando apenas o problema *jurídico* posto, ou seja, não a fim de determinar como disciplinar as atividades em causa *para proteger o meio ambiente*, e sim para explicitar que direitos têm as partes a despeito da inexistência de qualquer determinação legislativo-regulamentar acerca de como será o meio ambiente protegido pelas instâncias políticas competentes. Essa distinção tem a maior relevância, pois mostra que o juiz pode ser posto diante da necessidade de julgar se deve prevalecer uma exigência do bem comum ou uma pretensão particular, e indica, por tudo que vimos sustentando, que não pode o juiz impedir uma atividade que não vem restringida pelo ordenamento jurídico sob o argumento de que contraria um objetivo político ou as exigências do bem comum. Só poderá impedi-la se a parte interessada não tiver o direito de realizá-la, e não poderá o juiz decidir que não tem *porque assim se promove ou realiza o bem comum*. Da mesma forma, não pode o juiz criar um direito *porque assim se promove ou realiza o bem comum*. Em suma, um princípio jurídico refere e responde ao problema do que é de quem, e se densifica prático-judicativamente em resposta a esse problema e para resolvê-lo. A *policy*, para valeremo-nos da terminologia de Dworkin, refere e responde ao problema do que é melhor para nós cidadãos como um todo, como comunidade, e se densifica em resposta a esse problema e à implicada questão de como chegamos lá. É essa uma distinção exigida pela autônoma intencionalidade do direito, e dela resulta que a jurisdição nunca deve pôr-se a resolver o problema do que deve ser dado a alguém *para a realização do bem comum* – pois o problema aí é o de “como chegamos lá” – mas sempre e apenas do *que é de quem*, a despeito de onde queremos chegar como comunidade e de como nos organizaremos para lá chegar¹³⁸⁸.

¹³⁸⁷ Em termos adequados à sua compreensão desses problemas, Dworkin dirá, em um tal situação, que uma lei justificada por argumentos políticos confere um direito, e então pode o juiz aplicá-la por princípio (“Hard cases”, op. cit., p. 83).

¹³⁸⁸ Podemos assim dizer com Canotilho que os tribunais “não são órgãos de conformação social ativa” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 519).

Ainda que por inúmeras circunstâncias a legislação queira ser o modo constituinte polarizador da juridicidade nas sociedades do nosso tempo¹³⁸⁹, as exigências do bem comum e as demais intenções políticas que pretenda realizar terão, portanto, de vir sempre submetidas ao juízo jurídico do juiz se num caso concreto o problema típico do direito entrar em questão, e isso tanto mais quanto mais frequentemente seja a lei posta a serviço da “organização” da sociedade, com uma conseqüente proliferação de leis-medida (individuais, concretas, temporárias...)¹³⁹⁰, pois com maior força ter-se-á assim de opor a validade à estratégia e à eficácia, que é o que acaba por entrar em jogo quando se trata de proteger o domínio do direito e a intenção própria da juridicidade. E só se a comunidade for tratada em juízo *como parte* e o bem comum como uma intenção parcial submetida às exigências da juridicidade, com a conseqüência de que o juiz deva se posicionar como um terceiro imparcial também relativamente à comunidade e ao interesse público¹³⁹¹, preservar-se-á e prevalecerá a intenção jurídica ao justo concreto, pois do contrário o juiz deixa de ajuizar acerca das intenções políticas com intenção ao direito e vai reduzido à condição de promotor ou executor das exigências do bem comum político, fechando-se com isso a via para uma permeabilidade da ordem da sociedade pelas exigências da juridicidade e privilegiando-se sempre a perspectiva macroscópica do político-social, com evidentes prejuízos para a pessoa, em razão da tendência para uma subordinação de todas as suas pretensões aos objetivos político-sociais que aquela perspectiva naturalmente privilegia. Somente se a jurisdição recusar tomar para si mesmo aqueles objetivos políticos carregados de uma intencionalidade axiológico-normativa, como é o caso, em nossa compreensão, do bem comum político e das suas inúmeras exigências, a experiência jurídica jurisdicional permanecerá “centrada no momento de validade em que o universo jurídico se revela [...] como um universo específico e autônomo [...], a diferenciar-se tanto do social como do político”¹³⁹². Só

¹³⁸⁹ Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 72/3.

¹³⁹⁰ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 717-9.

¹³⁹¹ É nisso segundo Kojève que consiste a *sui generis* autoridade típica de um juiz (*Esquisse...*, op. cit., esp. pp. 175-7 e 195), e é este seu imparcial e independente compromisso com o direito que faz do juiz um legítimo representante da comunidade (Castanheira Neves, “A revolução e o direito...”, op. cit., p. 235; idem, “Justiça e direito”, op. cit., p. 285).

¹³⁹² Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 33/4.

assim realizar-se-á, portanto, aquela intenção de uma “«despolitização» do direito” que é a de Castanheira Neves e, por influência dele, também a nossa¹³⁹³.

4.2) Alguns mais diretos desencadeamentos metodológicos da limitação intencional da jurisdição

A limitação intencional da atividade jurisdicional por referência àquela específica intencionalidade do direito que privilegia o justo concreto e uma perspectiva microscópica, a excluir uma direta intenção até mesmo ao bem comum político e um qualquer imediato compromisso com objetivos político-sociais, não pode, evidentemente, deixar de ter as suas projeções no campo da metodologia jurídica. Acreditamos, inclusive, que sejam inúmeras essas projeções, e que delas possam ser extraídas implicações suscetíveis de um alto grau de pormenorização, em substancial continuidade com as aquisições de índole jurídico-metodológica que advém da compreensão jurisprudencialista do fenômeno jurídico. Uma completa exploração daquelas projeções, e mais ainda uma qualquer tentativa de esgotar as suas práticas implicações, extrapolaria, contudo, o escopo do presente trabalho. De todo modo, alguns pelos menos dos desencadeamentos metodológicos das conclusões a que temos sido levados precisam ser aqui apreciados, pois, de um lado, decorrem quase que imediatamente dos limites intencionais a que, em nosso entendimento, deve a jurisdição se manter sujeita, e, de outro, dão a tais limites uma explicitação e uma prática relevância que tanto põem à prova as ideias até então defendidas quanto contribuem, se estivermos certos, para que a atividade jurisdicional se atenha efetivamente à intencionalidade do direito e, com isso, dê o seu contributo para a preservação da autonomia da juridicidade e a estabilização de uma autêntica ordem de direito.

Começaremos então por um conjunto de conclusões que nos impõe a compreensão da atividade jurídica como uma prática judicativa voltada à justa solução de casos concretos, e não à realização de objetivos ou projetos político-sociais. O saber do justo concreto é, como sustentamos na parte final do capítulo anterior, um saber prático-prudencial. Não, portanto, um saber que *provém* de critérios gerais e abstratos, mas um saber que pode e deve, não obstante, *precipitar-*

¹³⁹³ Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico...”, op. cit., p. 138.

se *em* princípios e regras. Os critérios em que esse saber se precipita são, então, sobretudo aqueles que emergem da prática e vêm pela prática corroborados. São esses, conseqüentemente, os verdadeiros e mais seguros critérios de uma prática judicativa. Com o que não estamos a contradizer a afirmação de que o conhecimento jurídico não *provém* de critérios gerais e abstratos, pois com essa compreensão rejeitamos apenas que o justo concreto seja normativamente constituído pelo critério e que o seu conhecimento possa dele derivar como uma necessária consequência, o que não significa, evidentemente, que a busca do justo concreto não deva ser *orientada* pelos critérios consagrados pela prática precedente. Pois é justamente isso que, quanto a essa problemática, decorre de uma compreensão da juridicidade como expressão de um saber prático-prudencial enriquecido pela experiência. Se o justo concreto é a realidade primária, e se os critérios normativos são uma expressão apenas da tentativa de ir formulando e preservando um saber prático-prudencial daquilo que em diferentes circunstâncias é concretamente devido a alguém, a solução dos casos subsequentes deve ser orientada por aqueles critérios, pois assim o jurista *acessa a experiência dos problemas já assimilados pela praxis e consegue mobilizar um conhecimento acumulado suscetível de indicar aquilo que é concretamente devido às partes no caso atual*. Mas uma condição para isso é que os critérios emergentes da prática não se desliguem, como sustentava Viehweg, da problemática subjacente. Isso significa que o jurista desafiado por um caso novo deve, em primeiro lugar, olhar *antes para trás do que para cima* em busca dos critérios apropriados, e *não pode nem perspectivar nem se valer de tais critérios sem uma consideração dos problemas para os quais vieram a dar e logradamente deram alguma resposta*. Além disso, a adequação dos critérios assim convocados a orientar a prática atual *só pode ser aferida mediante uma cuidadosa comparação entre os casos que deram lugar à sua adoção e vieram a consolidá-los como critérios para a solução não apenas de um específico caso, mas de um certo problema que tenha vindo a se replicar em uma série de casos*. Quando, portanto, compreendemos que a autonomia do direito é a autonomia de uma ordem de validade que incorpora um saber autônomo, e que esse autônomo saber tem uma índole prático-prudencial que vai se precipitando em critérios normativos emergentes da prática jurídica, a exigência que se dirige à jurisdição no sentido de que em cumprimento à intenção do direito se preocupe apenas com o que é concretamente justo e renuncie a quaisquer intenções político-

sociais se traduz na exigência de uma permanente mobilização daquele saber por referência à prática precedente, com os seguintes corolários: *a analogia será o modo metodológico por excelência do pensamento jurídico judicativo e o precedente será a fonte operativamente primeira do saber a mobilizar numa prática prudencial comprometida com a autonomia intencional do direito*¹³⁹⁴.

Em vez de uma máxima adequação funcional a quaisquer fins ou objetivos, como parecem exigir a referência da prática jurídica a certas *policies* e, sobretudo, uma compreensão dos princípios jurídicos como “mandados de otimização”, a orientação ao justo concreto e a adstringência à tarefa de dar a cada um o que é seu, a despeito do que seria contingencialmente recomendado para a realização de quaisquer objetivos político-sociais, impõem à jurisdição uma *máxima aderência à prática precedente*. Pois, conforme sublinhamos, é nessa prática e nos critérios que dela emergem que encontramos incorporado um autêntico saber jurídico, e só pela apropriação desse saber encontramos uma via de acesso à experiência problemática capaz de orientar tanto uma compreensão da atual relevância prático-judicativa daqueles critérios quanto uma segura determinação do que é devido a alguém nos casos subsequentes. Além disso, se a autonomia do direito é também a autonomia de um saber, só se preserva na medida em que esse saber seja continuamente mobilizado e vá continuamente incorporando as novas aquisições da prática. E por se tratar de um saber prático-prudencial que vai se precipitando em critérios emergentes da prática que à problemática dessa prática permanecem referidos, uma tal preservação depende de uma fidelidade àqueles critérios e da recusa de uma sua invocação sem a mediação daquela experiência, pois é dela que tiram o seu sentido e a sua autoridade normativa, e só por referência a ela é possível determinar com segurança a sua ulterior relevância prático-judicativa. Então a aderência à prática precedente é uma exigência que vai além de um compromisso comunitário com quaisquer princípios comuns ou que tira os seus fundamentos de uma preocupação apenas com a preservação da segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito. *O que está em causa aí é a própria autonomia do direito, e portanto o direito como tal*. O proceder analógico e a aderência à prática precedente, a traduzirem ambos uma exigência de respeito aos precedentes e a necessidade de

¹³⁹⁴ Em sentido análogo, e por razões semelhantes, mas deixando ainda por desenvolver uma mais cuidadosa consideração dos fundamentos e das implicações dessa ideia basilar, v. Fried, “The artificial reason of the law or: what lawyers know”, op. cit., pp. 54-8.

recuperação de uma cultura que o *common law* ainda não abandonou, e que nós não deveríamos jamais ter abandonado, são, de fato, condições para um resgate e para a preservação da autonomia intencional do direito¹³⁹⁵. Condições essas, contudo, que já haviam sido praticamente precluídas pela primeira vaga da politização do direito representada pelo legalismo e que se veem agora novamente ameaçadas pela tendência de uma direita mobilização da jurisdição por intenções francamente políticas, mediadas ou não pela legislação.

O que então queremos, em suma, sustentar, é o mesmo que Luhmann, partindo decerto de pressupostos muito diversos, asseverou ao descrever a dinâmica da evolução do direito: onde houver já um conhecimento jurídico, só haverá lugar para cautelosas correções, para argumentos analógicos e para uma extensão de nossa experiência com casos anteriores aos casos novos, de forma a traduzir-se a evolução como um resultado não intencional do modo de operar específico do direito, e não como o produto de um processo orientado por objetivos; tudo de modo que, mediante um cuidadoso proceder analógico de caso a caso, o conhecimento jurídico vá conferindo estabilidade à prática jurídica¹³⁹⁶. Podemos certamente invocar também aqui a ilustrativa e muito convincente ideia de uma *chain of law* que assemelha a prática jurídica a um romance em cadeia e acentua o compromisso com uma consistência horizontal que a perspectiva normativista do direito naturalmente negligencia¹³⁹⁷. Mas, conforme temos sugerido, não podemos esquecer que os princípios jurídicos que a prática jurídica deve mobilizar são, sobretudo, aqueles que a própria prática precedente consagrou em resposta ao problema do justo concreto, e que devem esses princípios ser, portanto, tratados como respostas possíveis àquele autônomo problema, e não ao distinto problema do que faz do acervo jurídico da comunidade o melhor que pode ser “from the point of view of political morality”¹³⁹⁸. Pois ao perspectivar o caso desde um futuro incerto, ou a partir das práticas implicações de objetivos político-sociais, ou mesmo numa

¹³⁹⁵ Um primeiro esboço dessa ideia, em termos que à época pretendiam enriquecer um profícuo debate que vem já há alguns anos se ampliando no Brasil devido ao empenho de talentosos processualistas, pode ser encontrada em nosso ensaio “Por que realmente os precedentes importam?”, *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*, Elaine Harzheim Macedo & Daniela Boito Maurmann Hidalgo (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

¹³⁹⁶ Luhmann, *Law as a social system*, op. cit., pp. 252 e 254.

¹³⁹⁷ Dworkin, *Law's empire*, op.cit., pp. 227 e ss.

¹³⁹⁸ Dworkin, *Law's empire*, op.cit., p. 411.

intenção à reconstrução do sentido global da prática comunitária como um todo, o juiz se desliga da experiência que dá sentido aos critérios jurídicos disponíveis, renuncia ao saber prático-prudencial que esses critérios incorporam e negligencia a sua específica tarefa, com a consequência de que a juridicidade acaba por ver-se reduzida à condição de um mero instrumento posto a serviço de intencionalidades que não são as suas. Por isso consideramos ainda mais atraente a maneira como Hayek compreende o fenômeno jurídico e o papel do juiz: o sistema jurídico não admite nenhuma reforma global ou uma completa reconfiguração orientada por uma qualquer concepção de como deveria ser, e portanto o desenvolvimento do direito é sempre necessariamente um momento de um processo contínuo que se desenrola analogicamente, de caso a caso, pelo que se espera que o juiz desempenhe a sua tarefa mediante uma sucessiva mobilização de princípios que às vezes estão meramente implícitos na prática precedente e dão eventualmente lugar a novos critérios, como que numa problemática desimplicação daqueles princípios, mas sem nenhum compromisso com os objetivos temporários do governo e sem nenhuma pretensão de iniciar algo novo, de modo que toda autêntica inovação venha a se incorporar à prática a fim de adaptar o sistema e ajustar umas às outras as suas partes, numa reconstrução gradual que respeita o todo e só se justifica para administrar as inevitáveis perturbações a que a prática submete essa ordem, com a preservação e o eventual aperfeiçoamento, à maneira de um cauteloso processo de tentativa e erro, daquelas “purpose-independent rules of just conduct” que constituem o *cosmos* da juridicidade¹³⁹⁹. Ao proceder assim, seguindo pelo caminho aberto por “*outros* caminantes anteriores”¹⁴⁰⁰, o juiz mobiliza um acervo de conhecimentos práticos que supera tudo que ele sozinho poderia conhecer, e se beneficia de uma experiência que ninguém poderia individualmente ter, mas está, de algum modo, incorporada aos critérios que uma longa e continuada prática veio vagarosamente a consagrar¹⁴⁰¹. E se a juridicidade consubstancia uma validade por incorporar um conhecimento de exigências prático-normativas que se vieram a revelar numa experiência problemática de que resultaram e tiram o seu sentido os

¹³⁹⁹ Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 65/6, 76-8, 94-102 e 118-22; idem, *The constitution of liberty*, op. cit., pp. 62, 184-6 e 188.

¹⁴⁰⁰ Aroso Linhares, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”, op. cit., pp. 164/5.

¹⁴⁰¹ “[W]e can make use of so much experience, not because we possess that experience, but because, without our knowing it, it has become incorporated in the schemata of thought which guide us” (Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 30/1).

critérios jurídicos disponíveis, não vemos como não exigir do juiz um proceder analógico referido à prática precedente, pois do contrário compromete-se a autonomia do direito e fecha-se a via para uma permeabilidade e uma estabilização da ordem política pelas exigências da juridicidade.

No que concerne à analogia, queremos, como nos parece claro mas convém sublinhar, referir a uma específica *atitude* perante a juridicidade que de maneira nenhuma se assimila ao artifício técnico da analogia *legis* ou à normativista analogia *iuris* que mobiliza um princípio geral inferido de normas legais aplicáveis a um problema análogo ao problema carente de disciplina legal¹⁴⁰²; mas que também não é de todo idêntica àquela analogia *iuris* que Arthur Kaufmann via na relação que faz virem reciprocamente à correspondência o dever ser da norma e o ser do concreto fato histórico e constituiria uma unidade em que se reconheceria a realidade do direito¹⁴⁰³; nem, ainda, à analogia *iuris* que segundo Fernando José Bronze vem implicada em toda judicativo-decisória realização do direito e também acentua aquela necessidade de trazer à correspondência o mérito jurídico-problemático do caso decidendo e a intencionalidade também problemática de um pré-disponível ou constituendo critério, por referência a um *tertium comparationis* em que se reconhecem a juridicidade e as suas axiológicas e “constituendas exigências... constitutivas”¹⁴⁰⁴. A ideia que queremos avançar é, com efeito, muito mais modesta e convoca uma analogia *iuris* de um tipo muito mais singelo, mas de grande relevância prática: se baseia naquela elementar exigência de que a solução a dar a um problema seja orientada pela solução dada a outro problema, em razão das semelhanças normativamente relevantes¹⁴⁰⁵, e sugere, portanto, que o juiz deve sempre buscar em casos precedentes e nos critérios por que se resolveram a

¹⁴⁰² Fernando José Bronze, “O problema da analogia *iuris* (algumas notas)”, *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, esp. pp. 276-8. Para uma exaustiva consideração de toda problemática metodológica suscitada pela analogia, v., por todos, Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, op. cit., pp. 238 e ss.

¹⁴⁰³ Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*..., op. cit., pp. 31-3 e 53-5.

¹⁴⁰⁴ Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao direito*, op. cit., pp. 940-75; idem, “O problema da analogia *iuris* (algumas notas)”, op. cit., pp. 279/80; idem, “Pj → Jd. A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)”, *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 315, 345-54 e 361-90; idem, “Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica”, op. cit., pp. 179,185-7 e 191-8.

¹⁴⁰⁵ É essa uma exigência a que se sujeita qualquer raciocínio prático e que, conforme sustenta Weinreb, adquire especial relevância na prática jurídica apenas por ser aí indispensável (*Legal reason. The use of analogy in legal argument*, op. cit., p. 77).

solução a dar ao caso novo, sem nunca negligenciar os problemas concretos em resposta aos quais esses critérios vieram a ser consagrados e incorporados ao *corpus iuris*¹⁴⁰⁶. Isso nos parece decisivo mesmo que estejamos ainda um passo atrás do momento mais relevante da prático-judicativa realização do direito – já que sequer concerne ainda ao problema do juízo decisório por que se resolve o problema do caso e em concreto se densifica o problemático critério afinal mobilizado –, pois em nosso entendimento essa conexão analógica com a prática precedente é uma condição da manutenção de uma ordem de direito da qual não estamos suficientemente avisados e da qual, por isso mesmo, a prática jurídica se afastou dramaticamente.

Uma das sequelas deixadas pelo normativismo foi, com efeito, o vício que têm os nossos juízes de ir atrás de soluções em princípios, regras, conceitos jurídicos e ementas de julgados sem nenhuma preocupação com os contextos jurídico-problemáticos dos quais emergiram e em resposta aos quais foram praticamente consagrados. Só que sem essa referência à prática judicativa e à problematidade jurídico-concreta dos contextos de emergência e de assimilação, pelo *corpus iuris*, dos critérios mobilizados, a juridicidade se dissolve em um universo de desconexos e normativamente rarefeitos *topoi* que tudo admitem e instauram um verdadeiro caos jurisdicional, ocultando, ademais, a responsabilidade que tem cada juiz por aquilo que decide. Pois a verdade é que em abstrato, e sem referência à prática precedente, os critérios normativos disponíveis permitem que se dê a um caso quase qualquer solução que se queira e permitem que qualquer orientação jurisprudencial se instaure como se estivesse o juiz apenas a “aplicar o direito”¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁶ Uma ideia de analogia que assim, se não nos equivocamos, concerne mais especificamente ao terceiro dos “prático-materialmente imbricados” momentos do “exercício metodonomológico”: o “momento problemático-sistemático” em que se trata da “procura e/ou [d]a instituição, em referência ao direito, de um critério susceptível de vir a assimilar o caso”, e em que entra portanto em causa a questão da “justeza normativa” da solução excogitada, ou seja, da sua “rigorosa conformidade [...] ao constituindo sistema da normatividade jurídica vigente” (Fernando José Bronze, “Pj → Jd. A equação metodonomológica [as incógnitas que articula e o modo como se resolve]”, op. cit., pp. 372-4).

¹⁴⁰⁷ Weinreb destaca, precisamente, que a analogia, e portanto uma remissão aos problemas precedentes e aos critérios que o seu enfrentamento judicativo consagrou, é indispensável para superar a indeterminação prático-normativa das regras e levar a um desfecho a apuração da solução a dar ao caso atual, e portanto daquela que deve ser a *sua* regra, em termos que desse processo resulte tanto uma solução posta em conformidade ao direito anterior quanto um critério a ser submetido ao teste da prática subsequente em nossa constante busca da justiça “in the small affairs that constitute most lives”, tudo a dinamizar uma “ongoing legal order” num acúmulo de experiências e conhecimentos práticos que conferem à prática aquela porção de consistência que nos permite governar por regras e preservar o *rule of law* ao mesmo tempo em que tolera aquele saudável grau

Isso evidentemente ainda se agrava quando àqueles critérios são acrescentados valores e princípios que não têm uma índole autenticamente jurídica, não foram prático-prudencialmente densificados com intenção ao direito e podem, portanto, ser livremente mobilizados para dar expressão normativa a, e realizar jurisdicionalmente os mais variados projetos e objetivos políticos-sociais, comprometendo a autonomia do direito e a permeabilidade da ordem por aquela que é a sua intencionalidade. Estamos assim quase que a chegar a um novo problema, mas, apesar disso, e embora não possamos especificamente dele tratar, não há como disfarçar a conexão direta que evidentemente tem com o problema dos limites da jurisdição, e, portanto, não haveríamos porque deixar de a ele referir para justificar a nossa sugestão de uma máxima aderência jurisdicional à prática precedente, bem como as ulteriores sugestões que queremos aqui deixar para o fim de melhor explicitar o que mais concretamente significa a nossa defesa de um proceder analógico e da difusão de uma cultura de respeito aos precedentes.

Em vez de remeter-se diretamente aos critérios disponíveis, abstraindo dos contextos problematicamente concretos da sua emergência e da sua prático-judicativa assimilação ao *corpus iuris*, o juiz deve sempre, por tudo que temos sustentado, buscar orientação na prática jurisprudencial precedente, o que significa, em termos negativos, para tudo traduzir-se na forma de limites, que (a) *jamais deve o juiz desconsiderar o saber sedimentado pela experiência e incorporado aos critérios jurisdicionalmente consagrados*¹⁴⁰⁸, razão pela qual (b) *jamais deve pôr-se a “extrair” uma solução diretamente de um critério sem uma mediação da praxis precedente, ou seja, sem uma consideração da problemática subjacente que deu ensejo à adoção e à estabilização do critério e que deve orientar a sua ulterior mobilização*¹⁴⁰⁹, e tudo isso de forma que (c) *nunca sejam negligenciados os critérios normativos mais próximos da prática e de maior densidade normativa, que são, evidentemente, os critérios que deram solução a séries de precedentes casos*

de incerteza que nos oportuniza uma contínua reconsideração das nossas conclusões e nos mantém alertas para a insuperável possibilidade do erro (*Legal reason. The use of analogy in legal argument*, op. cit., esp. pp. viii, 13, 94-8, 103/4, 115/6, 131-8, 151-2 e 160-2).

¹⁴⁰⁸ Leoni adverte, no mesmo sentido, que a atividade dos juristas não pode permanecer em alto nível só por referência a regras escritas e sem o *background* de uma longa tradição (*Freedom and the law*, op. cit., p. 145).

¹⁴⁰⁹ Esser sugeriu algo assim quando sustentou que só a cadeia de precedentes permite indagar o conteúdo imediato da norma, sublinhando, de outro lado, que esse processo de *shapping the rule* nunca tem fim (*Principio y norma*, op. cit., p. 354).

*análogos e que, portanto, mais seguramente indicam aquele princípio que tanto se integra ao sistema quanto melhor se ajusta à concreta problemática do caso*¹⁴¹⁰. Com isso parece adquirir sentido o que pouco atrás afirmamos acerca dos precedentes, ou seja, que devem vir elevados à condição de fonte *operativamente* primeira. Se, de fato, a juridicidade constitui, como temos defendido, uma validade normativa densificada por critérios emergentes de uma prática judicativa em que vai sendo incorporado um conhecimento prático-prudencial acerca do que é devido a quem em uma infinidade de circunstâncias, e se o que é de quem continua a ser o problema a resolver, constituindo ademais esse problema o *prius* da prática realização do direito, pois o justo concreto é afinal a sua imediata intenção, então a solução do caso deve ser buscada *primeiro* nos critérios mais próximos da prática e de maior densidade normativa, ou seja, naqueles que tenham sido consagrados pela jurisprudência para a solução de casos análogos. A argumentação jurídica será, então, centrada nos precedentes¹⁴¹¹. Isso não quer dizer, por razões que já tivemos a oportunidade de esclarecer, que os critérios normativos provenientes das instâncias políticas, como é o caso nas normas constitucionais e legais, serão normativamente postas em segundo plano e terão de vir necessariamente subordinadas aos critérios jurisprudenciais. Mas quer sim dizer, como se acaba de asseverar, que a mobilização de tais critérios deve ser mediada pela prática precedente, e isso sugere que, sempre que possível, o juiz deverá remeter-se não diretamente àqueles abstratos e normativamente rarefeitos critérios, mas primeiro aos mais densos e problematicamente testados critérios jurisprudenciais obtidos em resposta a certos problemas concretos, com intenção exclusivamente ao direito¹⁴¹². Pelo menos quando a prática judicativa tenha já traduzido e dado alguma densidade normativa aos critérios mais gerais e abstratos que encontramos na legislação e na Constituição, e ainda mais quando uma sua certa assimilação ao *corpus iuris* tenha

¹⁴¹⁰ Não se pode imaginar uma só decisão “segundo princípios”, asseverou Esser, sem a casuística dos precedentes (*Principio y norma...*, op. cit., p. 353).

¹⁴¹¹ No mesmo sentido, Kriele, *Diritto e ragione pratica*, op. cit., p. 106.

¹⁴¹² Isso é assim porque da mesma forma como a ordem jurídica em geral constitui uma ordem *in action* (Castanheira Neves, “Fontes do direito...”, op. cit., pp. 82/3), o direito constitucional é um “direito vivo”, também *in action*: “existe um direito constitucional não escrito” que “completa, desenvolve e vivifica o direito constitucional escrito” (Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1139). Uma consideração judicativa da Constituição por mediação da prática precedente nada mais é, portanto, do que uma implicação da compreensão da Constituição como uma *living constitution*: “o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma «living constitution»” (idem, *ibidem*, p. 1163).

sido já consagrada e venha sobrevivendo ao contínuo teste da prática, será por uma mais direta remissão àquela prática, e portanto aos precedentes judiciais, que mais seguramente nos aproximaremos de uma solução jurídica para o caso atual, pelo que só nos remeteremos diretamente aos critérios mais abstratos quando a autônoma problematidade normativa do caso o exigir, ou seja, quando a justa solução do caso atual reclamar um critério que *não possa* ser referido à experiência jurisprudencial precedente. E assim algum critério mais abstrato acabará por vir a ser normativamente densificado por uma prática judicativa intencionada ao direito, assimilando-o de uma certa forma ao *corpus iuris*, de modo que os empenhos jurisprudenciais sucessivos poderão voltar a se referir diretamente à experiência judicativa precedente, pelo menos até que de novo um caso reclame uma renovação desse esforço por meio do qual vamos continuamente desenvolvendo e consagrando critérios em resposta ao problema do justo concreto. Essa dinâmica permite que a prática continue a ser orientada pela legislação constitucional ou ordinária, mas tal como venha a ser prudencialmente assimilada ao *corpus iuris*, para dar resposta ao problema do justo concreto, e não a problemas de outra índole e pertencentes a outros domínios¹⁴¹³. O precedente não vai, então, erigido à condição de fonte *superior* do direito, pois normativamente a solução de um caso deve em princípio consubstanciar apenas uma densificação daquilo que exige uma normatividade que transcende a decisão – e, de resto, qualquer específico critério normativo –, e assim também o precedente ou o princípio que consagra terá de vir assimilado ao *corpus iuris* pela prática sucessiva em referência às exigências nucleares da juridicidade, e terá tanto mais autoridade e relevância judicativa quanto melhor traduzir essas exigências para uma série típica de casos, assim como se verá sempre submetido à crítica da prática e ao teste de justeza que implica e requer a intenção do direito ao justo concreto e a compreensão dos critérios normativos como formulações precárias acerca do que sabemos a respeito e do que em conformidade a esse saber devemos fazer em concreto¹⁴¹⁴. Mas será, apesar disso

¹⁴¹³ Acerca das razões pelas quais mesmo um espontâneo direito jurisprudencial (“grown law”) requer correções pela legislação e precisa, portanto, assimilar as exigências normativas provenientes da legislatura, v. Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., pp. 88/9 e 100.

¹⁴¹⁴ Parecem-nos, portanto, muito mais apropriadas a uma adequada compreensão do *stare decisis* aquelas formulações que mesmo no contexto jurídico-cultural do *common law* veem nos precedentes um caráter mais persuasivo do que absolutamente obrigatório, como sugere, por exemplo, MacCormick: “it seems wise to me to treat precedents, and especially single precedents, as revisable rather than fixed and binding for all purposes. Case-law ought to be somewhat flexible and open-ended over time. So precedents are best treated as more or less highly persuasive rather than

tudo, aquele foco de juridicidade ao qual em primeiro lugar o jurista recorrerá em busca de uma adequada solução para o caso atual¹⁴¹⁵.

Acreditamos que se tudo isso se cumpre, inúmeros problemas conexos se resolvem. E mesmo que alguns já não possam ser aqui objeto de uma apropriada discussão, merecem todos uma breve menção conclusiva. Quando a jurisdição se atém à intenção da juridicidade e deixa às instâncias políticas o problema das exigências e da concreta realização do bem comum, contribuindo para o cumprimento dessa intenção política só mediatamente e na medida em que isso venha exigido para uma justa solução de casos concretos, consegue-se uma suficiente articulação entre o político e o jurídico e mantêm-se abertas as vias para uma permeabilidade da ordem da sociedade tanto por uma validade que vai se descortinando em resposta ao problema do bem comum quanto por aquela autônoma validade jurídica que vai prudencialmente se explicitando em resposta ao distinto problema do justo concreto. Quando, não obstante, subordina as exigências

absolutely binding" ("Why cases have rationes and what these are", *Precedent in law*, Laurence Goldstein [ed.], Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 158). Segundo Schauer, assim é possível moderar o rigor das exigências da estabilidade e da previsibilidade, evitando que o sistema jurídico adquira uma irresponsável e repreensível fixidez: "It may be [...] that the best characterization of much of American law is that the formal side of law – what the rules or the precedents say – will be *presumed* to control, but the outcome indicated by the formal law will not be the final outcome of the case if the party burdened by the formal outcome can prove or persuade the court that the result so indicated will be *highly* unjust or in some other way not simply wrong but very wrong. In adopting this approach, to the effect of rules and precedents, American law has perhaps used the idea of a presumption as a way of reconciling the stability and predictability needs that are satisfied by a formal approach to law while recognizing that formal law cannot always produce the right answer and that sometimes a wrong answer will be so wrong that would be irresponsible and reprehensible were the legal system unable to do anything about it" (Schauer, *Thinking like a lawyer...*, op. cit., p. 229).

¹⁴¹⁵ Embora essa nossa posição possa suscitar inúmeras ponderadas críticas, uma que o nosso percurso argumentativo desde logo preclui é talvez a mais apelativa, ou seja, aquela que afirma que a promoção de uma cultura de respeito aos precedentes equivaleria a uma descontextualizada importação de uma prática estranha à nossa tradição. Pois um dos objetivos de termos buscado lá atrás na história os alicerces da nossa compreensão do direito e os argumentos que viríamos a mobilizar foi, precisamente, o de mostrar que muito daquilo que é atualmente considerado estranho à nossa tradição está diretamente ligado a ela e só nos parece assim estranho por uma tentativa de banimento atribuível à antijurídica filosofia política moderna e à antijurídica cultura legalista do pensamento moderno-iluminista. E é certamente esse o caso de uma prática judicativa comprometida com as aquisições da experiência e com a preservação dos critérios dela emergentes, como vimos em nossa investigação da tradição romanista e do pensamento jurídico medieval. Nem se diga, por outro lado, que ao privilegiar o precedente estamos a contrariar quaisquer propriedades normativas da ordem jurídica vigente, pois, conforme defendeu eloquentemente Fernando José Bronze, em termos com os quais não podemos deixar de concordar, o Estado de Direito, "quando adequadamente concebido, implica [...] a autonomização tanto do direito como do específico pensamento encarregado de o realizar judicativo decisoramente", e assim é este pensamento da exclusiva competência dos juristas ("Quae sunt Caesaris, Caesaris: et quae sunt iurisprudentia, iurisprudentiae", *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 144-7).

do bem comum e quaisquer outras intenções político-sociais às exigências da juridicidade, para o exclusivo propósito de cumprir em perspectiva microscópica aquela jurídica intenção ao justo concreto, cria as condições para que as pretensões da comunidade sejam submetidas àqueles fundamentais limites normativos que decorrem da dignidade da pessoa e da necessidade de constituir para ela uma habitação segura. Quando assimila ao *corpus iuris* os critérios normativos provenientes das instâncias políticas sem assumir aquelas que são as suas intenções, e apenas para uma juridicamente apropriada solução de casos concretos, protege a ordem da comunidade contra a instabilidade da política, os excessos do poder e a parcialidade dos interesses. Quando mobiliza os critérios consagrados pela experiência sem descuidar das prático-normativas exigências da realização do justo concreto, e sempre de forma que a solução do caso presente se integre ao conjunto de soluções precedentes, contribui para a preservação e o enriquecimento desse acervo comunitário de conhecimentos prudenciais que constitui uma autônoma ordem de validade e dá conteúdo à juridicidade. E quando se move de caso a caso, naquela perspectiva exclusivamente microscópica implicada pela intenção ao justo concreto, e para ajuizar apenas acerca das pretensões e das legítimas expectativas das partes envolvidas, mobilizando para isso um ordenado repositório de critérios normativos que constitui o acervo de conhecimentos jurídicos da comunidade, a jurisdição se circunscreve àquelas competências que são naturalmente as suas, preserva a autoridade que advém da ordem de validade que sustenta a sua prática e conquista uma legitimidade que de outra forma não poderia invocar para si (pois assim como a legitimidade do poder legislativo numa ordem autenticamente política depende da fidelidade à sua vocação como instância encarregada da validade na perspectiva do político que traduzimos por referência ao bem comum, a *auctoritas* e a legitimidade democrática da jurisdição numa ordem autenticamente de direito dependem da fidelidade à sua particular vocação como instância encarregada daquela autônoma validade na perspectiva do jurídico a que chamamos *direito*¹⁴¹⁶). Essa qualificada jurisdição que concilia as exigências tanto

¹⁴¹⁶ A questão da legitimidade da jurisdição é da maior relevância, e poderia justificar todo um novo excursus. Não havendo, contudo, mais espaço para isso, diremos aqui apenas o que a propósito nos parece essencial. E isso para destacar dois pontos. O primeiro, relativo à legitimidade para, conforme proclama a Constituição portuguesa, administrar a justiça “em nome do povo” (art. 202º). O segundo, relativo à legitimidade para impor uma decisão às partes. Quando insistimos que a juridicidade é uma espontânea ordem extraestatal de validade material, é para sublinhar que o direito é antes uma expressão de um prudencial saber comunitário do que a imposição voluntarista de um poder. A normatividade que o juiz mobiliza no exercício da sua atividade judicativa constitui um autêntico

da adequação sistemática às constitutivas condições de uma constituenda juridicidade, quanto da justeza prático-normativa da solução concreta a dar ao problema, confere à prática judicativa uma continuidade e uma estabilidade de que resultam uma maior segurança jurídica e uma maior consistência na realização do

Juristenrecht em razão do protagonismo dos juristas, mas, segundo Leoni, emerge de uma “colaboração ampla, contínua e espontânea” entre os juízes e as partes, pelo que pode ser considerado uma espécie de “everybody-made law”, e portanto uma atividade voltada à realização de uma normatividade que é titulada mais pela comunidade do que pelo Estado e pode ser considerada ainda mais compatível com a liberdade do que a legislação (*Freedom and the law*, op. cit., pp. 37-8. 105, 139-51, 185/6 e 218). Por seu compromisso com essa normatividade e por sua independência em relação ao poder político, o juiz pode ser e efetivamente já foi compreendido antes como um órgão da comunidade do que como um representante do Estado, cuja legitimidade radica na sua profissionalidade e na sua autonomia em relação aos objetivos dos poderes políticos e aos interesses unilaterais das partes (nesse sentido, v. Nicola Picardi, “Extrastatalita’ della giurisprudizione”, publicado em «<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12721.pdf>», acesso em 20/12/2017, pp. 15 e ss.). Tem todo sentido, então, aquilo que prescreve a Constituição portuguesa, se o direito for adequadamente compreendido e se a legitimidade vier apurada nos termos de uma articulação com a soberania do povo que “não se faz em termos de imediação popular, através do sufrágio, mas sim de forma mediata ou indirecta («em nome do povo»)” (J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. II, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 508). No que concerne especificamente à legitimidade judicial para impor uma decisão às partes, convém lembrar que embora possa uma sentença ser a expressão de uma *opinião*, trata-se de uma opinião “entretanto fundamentada, esclarecida pela controvérsia dialética, que levou em consideração, sobre uma mesma causa, os pontos de vista de múltiplos interlocutores”, incluindo, evidentemente, e sobretudo, os pontos de vista das partes (Villey, *O direito e os direitos humanos*, op. cit., p. 52). Pelo que se pode até dizer que a jurisdição é a mais democrática das atividades públicas, já que é a única que pode ser mobilizada por provocação de uma pessoa apenas, e a única em que o exercício do poder está adstrito a responder às provocações das partes e nos termos da controvérsia por elas posta. São frequentes, apesar disso tudo, as impugnações à legitimidade da jurisdição, sob a alegação de que os juristas constituem uma elite ou formam uma espécie de aristocracia de toga imune ao controle democrático. Mas, como vimos e é amplamente reconhecido, um regime democrático deve ser também *de direito*, e no pressuposto da autonomia de um direito extraestatal que constitui uma validade material por encerrar um específico conhecimento prático-prudencial concernente aos problemas a que deve se ater a jurisdição, a institucionalização de uma prática autenticamente jurisdicional e o reconhecimento da autoridade sapiencial dos juristas se torna uma condição mesma do Estado de Direito. São conhecidas, a esse propósito, as considerações de Radbruch acerca das razões da afirmação do *rule of law* no contexto inglês: “la vera base della autonomia del diritto in Inghilterra, dello Stato di diritto inglese, è la magistratura e, in senso largo, il ceto dei giuristi. Solo nel diritto dei giuristi, nel *Common Law*, la autonomia del diritto, la subordinazione del potere statale al diritto, lo Stato di diritto insomma, sono efficacemente garantiti”; “Il *Common Law* potè divenire una tale forza autonoma al di sopra dello Stato soltanto attraverso l’autonomia corporativa del ceto (*Stand*), al quale compete la conservazione del diritto” (*Lo spirito del diritto inglese*, tradução de Alessandro Baratta, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 25/6). A legitimidade da jurisdição vem, portanto, não só de uma ampla oportunidade de participação processual dos envolvidos, mas também, e especialmente, de um compromisso com uma espontânea ordem de validade emergente de uma prática comunitária muito proximamente ligada às interações sociais concretas e muito sensível às legítimas expectativas das partes e às exigências normativas daquelas interações. Edward Levi sustenta algo assim quando assevera que a descoberta de regras resultante de um proceder analógico (*by example, from case to case, in the process of determining similarity or difference*), permite a assimilação pelo direito de novas ideias e, dando lugar a uma constante revisão e a um ajuste casuístico das exigências da juridicidade, propicia as melhores condições para uma administração de divergências com a participação da comunidade e das partes apesar da inexistência de acordos mais gerais acerca das questões comunitárias relevantes (*An introduction to legal reasoning*, op. cit., pp. 01-05 e 104).

direito do que qualquer estrita vinculação à circunstancial legalidade política¹⁴¹⁷, e será o exato oposto de uma judicatura ativista que instaura a desordem e põe em risco o direito¹⁴¹⁸. Tudo a nos permitir dizer, por fim, que a instituição e a preservação de uma jurisdição independente adequadamente intencionada ao direito e sujeita aos limites que dessa intencionalidade mais diretamente decorrem é a nossa maneira de institucionalizar uma prática judicativa prudencial comprometida com uma ordem extraestatal de validade material que contribui para a estabilização de uma ordem política, para que essa ordem constitua também uma autêntica ordem jurídica e para que se cumpram todas as aspirações fundamentais de um materialmente qualificado Estado de Direito.

¹⁴¹⁷ A produção legislativa atual é tão volumosa e ao mesmo tempo tão errática que Luhmann chegou a sugerir que violar a lei se tornou vital para que seja ainda possível a liberdade. Segundo o prognóstico que nos deixou, se toda legislação atual fosse efetivamente imposta e se a burocracia conseguisse implementar todos os seus programas, partes consideráveis da economia colapsariam e “inúmeras possibilidades para que os indivíduos deem às suas vidas um sentido seriam excluídas” (*Law as a social system*, op. cit., p. 478). Independentemente do acerto de um tal assustador prognóstico, temos que concordar que o excesso e a pobreza da legislação atual, somados à sua tendência a substituir-se àquela estável juridicidade que foi crescendo ao longo de séculos, só contribuem para desacreditar o direito e mais agravam a incerteza do que preservam a segurança, já que desestabilizam os princípios consagrados por gerações de juristas e deixam as pessoas à mercê das instabilidades políticas (nesse sentido, v., p. ex., Sartori, *Liberty and law*, op. cit., pp. 37-40). A “situação paradoxal do nosso tempo”, que é a de sermos governados por homens precisamente porque somos governados por leis (Leoni, *Freedom and the law*, op. cit., pp. 26, 28/9 e 146), sugere então que um firme compromisso da jurisdição com um autônomo direito jurisprudencial, a implicar até mesmo a solução inglesa de uma interpretação restritiva da legislação, é um caminho mais confiável para a restauração de algum grau de segurança jurídica do que a direta e exclusiva vinculação do juiz aos abstratos critérios da lei (nesse sentido, v., além do próprio Leoni, *Freedom and the law*, op. cit., pp. 30-2, 34-6, 74-95 e 130-2, também Hayek, *Law, legislation and liberty...*, v. I: *Rules and Order*, op. cit., p. 116, e Esser, *Principio y norma...*, op. cit., esp. pp. 34/5, 292 e 381). O direito que nesses termos vai oposto à legislação não é, contudo, e como a essas alturas já deve estar claro, a “justiça viva do juiz” em relação à qual Tomás de Aquino preferiu a legislação (*ST*, I-II, op. cit., q. 95, art. 1), mas a justiça de uma juridicidade que encerra exigências de validade consagradas por uma longa experiência e permeadas por um saber que supera a experiência e o conhecimento mesmo do mais sábio filósofo e do mais prudente jurista – razão pela qual acreditamos que o Aquinate teria certamente preferido essa justiça à justiça da nossa legislação, pois reconhecia a primazia dos costumes sobre a lei e a autoridade “daquele direito que pareceu justo por muito tempo” (*ST*, I-II, op. cit., q. 97, arts. 2 e 3, citando o *Digesto* 1, 1, 4, 2). E só a segurança que advém da primazia daquela juridicidade pode ser, enfim, legítima, pois para sê-lo, conforme ensina Castanheira Neves, a segurança terá de ser justa ou a expressão de uma autêntica ordem de direito (*Questão-de-facto – questão-de-direito...*, op. cit., p. 562), e para que seja nesses termos justa terá que advir de uma estabilidade conseguida por meio da subsistência da fundamental intencionalidade normativa do direito, e não por uma identidade de soluções que recuse as diferenciações decisórias e os enriquecimentos exigidos pelas diferentes situações e por suas diversas perspectivas problemáticas (Castanheira Neves, *O instituto dos “assentos”...*, op. cit., pp. 220/1).

¹⁴¹⁸ Acreditamos que os limites a que submetemos a jurisdição estão em rigorosa linha de continuidade com o pensamento jurisprudencialista de Castanheira Neves, e, na melhor das hipóteses, deixam apenas um pouco mais explícita uma rejeição do ativismo judicial que perpassa toda a sua obra, orienta todo o seu pensamento e vem a todo tempo combatida por meio da dura censura que faz a todas as modalidades do funcionalismo, desautorizando, em nosso entendimento, a conclusão de José Lamego no sentido de que o compromisso da jurisdição com uma juridicidade de índole axiológico-normativa que ultrapassa a legalidade legítima o ativismo judicial (*Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 200).

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. Tradução de Josep Aguiló Regla. *Doxa* 8 (1990).
- ACKRILL, J. L. “Aristotle on *Eudaimonia*”. *Essays on Aristotle’s ethichs*. RORTY, Amélie Oksenberg (ed.). Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1980.
- ACTON, John Emerich Edward Dalberg. “The history of freedom in antiquity”. *Essays on freedom and power*. London: Thames and Hudson, 1956.
- ALEXY, Robert. “A construção dos direitos fundamentais”. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- “A dupla natureza do direito”. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- “Dever ser ideal”. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- “Dois ou três?”. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- “El concepto y la validez del derecho”. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.
- “Justification and application of norms”. *Ratio Juris* 6, n. 2 (1993).
- “Los derechos fundamentales en el Estado consitucional democrático”. Tradução de Alfonso García Figueroa. *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (ed.). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Tradução de Manuel Atienza. *Doxa* 5 (1988).
- “Sistema jurídico y razón práctica”. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

- “Sobre o conceito de princípio jurídico”. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Tradução de Massimo La Torre. Milano: Giuffrè, 1998.
- “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.
- ALIGHIERI, Dante. *Monarchia* (ed. bilíngüe). Tradução de Federico Sanguineti. Milano: Garzanti, 1999.
- ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1958.
- AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. 2ª ed. Tradução de Ana Mallea. Navarra, EUNSA, 2001.
- *De Regimine principum seu De Regno ad Regem Cypri* (ed. bilíngüe). Tradução de Arlindo Veiga dos Santos. In SANTOS, Arlindo Veiga dos. *Filosofia política de Santo Tomás de Aquino*. 3ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1954.
- *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*. Disponível em www.corpusthomisticum.org (acesso em 13/03/2011).
- *Suma contra los gentiles* (ed. bilíngüe). v. II (livros 3º e 4º). Tradutores vários. Madrid: BAC, 1953.
- *Suma contra os gentios* (ed. bilíngüe). v. II (livros III e IV). Tradução de D. Odilão Moura. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- *Suma teológica* (ed. bilíngüe). v. 4 (I-II, questões 49-114). Tradutores vários. São Paulo: Loyola, 2005.
- *Suma teológica* (ed. bilíngüe). v. 5 (II-II, questões 1-56). Tradutores vários. São Paulo: Loyola, 2004.
- *Suma teológica* (ed. bilíngüe). v. 6 (II-II, questões 57-122). Tradutores vários. São Paulo: Loyola, 2005.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14ª ed. Napoli: Jovene, 1998.
- ARATO, Andrew & ROSENFELD, Michel (ed.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1998.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

- *Sobre a revolução*. Tradução de I. Moraes. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* (ed. bilíngüe). Tradução de María Araújo e Julián Marias. 8ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- *Ética Nicomachea* (ed. bilíngüe). Tradução de Marcello Zanatta. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2002.
- *L'éthique a Nicomaque*. Tradução de René Antoine Gauthier e Jean Ives Jolif. Paris/Louvain: Publications Universitaires de Louvain e Éditions Béatrice-Nauwelaerts, 1958-9.
- *Nikomachische Ethik* (ed. bilíngüe). Tradução de Hans-Georg Gadamer. Frankfurt am Main: Klostermann, 1998.
- *Política* (ed. bilíngüe). Tradução de Julián Marías e María Araújo. 6ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- *Política* (ed. bilíngüe). Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Vega: Lisboa, 1998.
- *The Nicomachean ethics*. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- *The politics of Aristotle*. Tradução de Ernest Barker. Oxford: Oxford University Press, 1946.
- *Topiques (Organon V)*. Tradução de J. Tricot. VRIN, 2004.
- *Tratados de lógica (Órganon)*. t. I. Tradução de Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982.
- AROSO LINHARES, José Manuel. "In defense of a non-positivist *separation thesis* between law and morality". *Rechtsphilosophie* 4/2016.
- "Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?". *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?* COELHO, Nuno M. M. Santos & SÁ DA SILVA, Antonio (org.). Salvador: Juspodivm, 2012.
- "O pragmatismo interdisciplinar de Posner como 'teoria' da decisão judicial". *Diálogos com a Law & Economics*. MORAIS DA ROSA, Alexandre & AROSO LINHARES, José Manuel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. 3ª ed. Paris: Quadrige/PUF, 2002.
- AVELÃS NUNES, António José & COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

- AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (ed.). *Communitarianism and individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- "Introduction". AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (ed.). *Communitarianism and individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- *Processo e ideologia (o paradigma racionalista)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARKER, Ernest. *Greek political theory: Plato and his predecessors*. London: Methuen, 1947.
- *The political thought of Plato and Aristotle*. New York: Dover, 1959.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- "Modernidade e democracia – os fundamentos da teoria da democracia em Hans Kelsen". *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 2001*. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.
- *O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- "Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito". *Direito e Justiça* 28 (2003).
- "O Direito ou o Justo - O direito como objeto da ética no pensamento clássico". *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 2000*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.
- "Prudência e jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles". *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998 – 1999*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Gulbenkian, 2007
- BERLIN, Isaiah. "Two concepts of liberty". *Liberty*. HARDY, Henry (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution, II: The impact of the Protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge/London: Belknap Press, 2003.

- “The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden, Hale”. *Yale Law Journal* 103 (1993-1994).
- BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. 2ª ed. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.
- *Filosofia pratica*. Napoli: Guida, 2004.
- “Gadamer and the reception of Aristotle’s intellectual virtues”. *Revista Portuguesa de Filosofia* 56 (2000).
- BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949
- BIX, Brian. *Jurisprudence. Theory and context*. 6ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2012.
- BLOOM, Allan. “Justice: John Rawls vs. the tradition of political philosophy”. *The American Political Science Review* 69 (1975).
- BOBBIO, Norberto. “Hobbes e o jusnaturalismo”. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- “Lei natural e lei civil na filosofia política de Hobbes”. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin & VIROLI, Maurizio (ed.). *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BORRELLO, Maria. “La questione della legge nella relazione tra Rousseau e Kant. La legge come etica e l’etica pura kantiana”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2 (2005).
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme. “O «jurisconsultus» romano”. *Obras esparsas*. v. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.
- BRETONE, Mario. *Storia del diritto romano*. 10ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

- BRONZE, Fernando José. “Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (tópicos para um diálogo pedagógico)”. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXVI. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000.
- “As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)”. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997.
- “Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica”. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- *Lições de introdução ao direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- “O problema da analogia *iuris* (algumas notas)”. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- *Pensamento jurídico (teoria da argumentação)*. Coimbra: 2003.
- “Pj → Jd. A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)”. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentia, iurisprudentiae”. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- BURGESS, Glenn. *The politics of the Ancient Constitution – An introduction to English political thought, 1603-1642*. London: MacMillan, 1992.
- BURKE, Edmund. *Reflections on the revolution in France (Selected works of Edmund Burke, v. 2)*. CANAVAN, Francis (ed.). Indianapolis: Liberty Fund, 1999.
- CABRAL DE MONCADA, L. *Filosofia do Direito e do Estado*. v. 1º. Reimpressão da 2ª ed. (1955). Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CAENEGEM, R. C. van. *Judges, legislators & professors. Chapters in European legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1959.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, s/d.
- *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009
- CARPINTERO, Francisco. *Historia breve del Derecho Natural*. Madrid: Colex, 2000.
- “Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural”. *Persona y Derecho* 27 (1992).
- “Tomás de Aquino ante la ley natural”. *Persona y Derecho* 46 (2002).
- *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1989.
- “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural”. *Persona y Derecho* 13 (1985).
- CASTANHEIRA NEVES, A. “A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo”. *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- “A imagem do homem no universo prático”. *Digesta*. v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- “A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário”. *Digesta*. v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito”. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II. RAMOS, Rui Manuel de Moura e outros (org.). Coimbra: Almedina, 2002.
- “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do

- direito”. *Boletim da Faculdade de Direito* LXXIV [separata]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.
- “Escola da exegese”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Escola do direito livre”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Escola histórica do direito”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Jurisprudência dos interesses”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Justiça e direito”. *Digesta*. v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “Método jurídico”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
 - *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
 - “O actual problema metodológico da realização do direito”. *Digesta*. v. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. *Digesta*. v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3961 (2010).
 - *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
 - “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”. *O direito e o futuro. O futuro do direito*. AVELÃS NUNES, António José & COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). Coimbra: Almedina, 2008.
 - “O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”. *Digesta*. v. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
 - *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
 - “O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”. *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?* COELHO, Nuno M. M. Santos & SÁ DA SILVA, Antonio (org.). Salvador: Juspodivm, 2012.

- “O papel do jurista no nosso tempo”. *Digesta*. v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
 - *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*. Coimbra/Lisboa, 1997.
 - “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”. *Digesta*. v. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
 - “Pessoa, direito e responsabilidade”. *Digesta*. v. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
 - *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) I – A crise*. Coimbra: Almedina, 1967.
 - *Teoria do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.
 - “Uma reflexão filosófica sobre o direito – ‘O deserto está a crescer...’ ou a recuperação da filosofia do direito?”. *Digesta*. v. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966.
- “La repubblica fondata sulla virtù come esempio di Stato di diritto”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XLI, série III (1964).
- CIUSA, Niso. “Stato di diritto e Stato di giustizia: elementi di una problematica”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XLI, série III (1964).
- COELHO, Nuno M. M. Santos & SÁ DA SILVA, Antonio (org.). *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Salvador: Juspodivm, 2012.
- COKE, Edward. “Calvin’s Case, or the Case of the Postnati”. *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*. v. 1. SHEPPARD, Steve (ed.). Indianapolis: Liberty Fund, 2003.
- “Dr. Bonham’s Case”. *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*. v. 1. SHEPPARD, Steve (ed.). Indianapolis: Liberty Fund, 2003.
 - “Prohibitions del Roy”. *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*. v. 1. SHEPPARD, Steve (ed.). Indianapolis: Liberty Fund, 2003.
 - *The First Part of the Institutes of the Laws of England*. v. 1. 17ª ed. London: W. Clarke & Sons, C. Hunter, S. Broke, 1817.

- *The First Part of the Institutes of the Laws of England*. v. 2. 15^a ed. London: E. & R. Broke, 1794..
- *The Fourth Part of the Reports of Sir Edward Coke*. London: E. & R. Nutt & R. Gosling, 1727.
- COMMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. Tradução de Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (ed.). 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*. Tradução de Giovanni Paoletti. Torino: Einaudi, 2005.
- COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4^a ed. Boston, San Francisco, New York, London, etc.: Addison Wesley, 2004.
- CORWIN, Edward S. “The ‘Higher Law’ background of American constitutional law”. *Harvard Law Review* 42 (1928-1929).
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda & AVELÃS NUNES, António José (coord.). *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CROFTS, Richard A. “The common good in the political theory of Thomas Aquinas”. *The Thomist* 37 (1973).
- CROMARTIE, Alan. “General introduction”. *Thomas Hobbes. Writings on Common Law and Hereditary Right*. CROMARTIE, Alan & SKINNER, Quentin (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CROPSEY, Joseph. “Introduction”. HOBBS, Thomas. *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. CROPSEY, Joseph (ed.). Chicago/London: University of Chicago Press, 1997.
- CRUZ, Sebastião. *Direito romano (Ius Romanum) I – Introdução. Fontes*. 4^a ed. Coimbra: DisLivro, 1984.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DAWSON, John P. *The oracles of the law*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.
- DE MARTINO, Francesco. *La giurisprudizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937.
- DE-SHALIT, Avner & AVINERI, Shlomo (ed.). *Communitarianism and individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

- “Introduction”. DE-SHALIT, Avner & AVINERI, Shlomo (ed.). *Communitarianism and individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. I. Paris: Durand/Hachette, 1854.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. GILSON, Étienne (ed.). Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2003.
- DEWAN, Lawrence. “St. Thomas, John Finnis, and the political good”. *The Thomist* 64 (2000).
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 5ª ed. London: MacMillan, 1897.
- DWORKIN, Ronald. “Hard cases”. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.
- *Justice for hedgehogs*. Cambridge/London: Belknap Press, 2011.
- “Law as interpretation”. *Philosophy of law and legal theory. An anthology*. PATTERSON, Dennis (ed.). Malden, Oxford, Melbourne, Berlin: Blackwell, 2003.
- *Law’s empire*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004.
- “Liberalism”. *A matter of principle*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- “The model of rules I”. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.
- “The model of rules II”. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- d’ENTRÈVES, A. P. *Natural law. An introduction to legal philosophy*. London: Hutchinson University Library, 1970.
- ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche, 1983.
- *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FARIA COSTA, José de. “Consenso, verdade e direito”. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXVII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001.
- “Ler Beccaria hoje”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. Tradução de Pilar Allegue. *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (ed.). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

- FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 2005.
- FRIED, Charles. “The artificial reason of the law or: what lawyers know”. *Texas Law Review* 60 (1981).
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *La filosofía del derecho*. Traduzido por Margarita Álvarez Franco. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FROELICH Gregory. “The equivocal status of *bonum commune*”. *New Scholasticism* 63 (1989).
- FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2ª ed. New Haven/London: Yale University Press, 1969.
- GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Tradução de Agustín Domingo Moratalla. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.
- “L’ermeneutica come filosofia pratica”. *La ragione nell’età della scienza*. Tradução de A. Fabris. Genova: Il Melangolo, 2007.
- “Hermenéutica clássica y hermenéutica filosófica”. *Verdad y método*. v. II. Tradução de Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.
- *Verità e metodo* (ed. bilíngüe). Tradução de Gianni Vattimo. Milano: Bompiani, 2000.
- GAUTHIER, René-Antoine. *Introdução à moral de Aristóteles*. Tradução de Maria José Ribeiro. Portugal: Publicações Europa-América, s/d.
- GEORGE, Robert P. “Natural law and positive law”. *Common truths. New perspectives on natural law*. MCLEAN, Edward B. (ed.). Wilmington: ISI, 2004.
- Reason, freedom, and the Rule of Law: their significance in the natural law tradition”. *The American Journal of Jurisprudence* 46 (2001).
- GIERKE, Otto. *Political theories of the Middle Age*. Tradução de Frederic William Maitland. Boston: Beacon Press, 1959.
- GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- GOODHART, Arthur L. “Precedent in English and Continental law”. *Law Quarterly Review* 50 (1934).
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Traduzido por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRANT, George. *English-speaking justice*. Toronto: Anansi, 1998.

- GRAY, Charles M. "Reason, authority, and imagination: the jurisprudence of Sir Edward Coke". *Culture and politics from Puritanism to Enlightenment*. ZAGORIN, Perez (ed.). Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1980.
- GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2007.
- *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1965.
- GUASTINI, Riccardo. "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano". Tradução de José María Lujambio. *Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (ed.). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GUTMANN, Amy. "Communitarian critics of liberalism". *Communitarianism and individualism*. AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1992.
- GWYN, W. B. *The meaning of the separation of powers: an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*. New Orleans: Tulane University, 1965.
- HABERMAS, Jürgen. "Ciudadanía e identidad nacional (1990)". *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.
- "Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?". Tradução de William Rehg. *Political theory* 29 (2001).
- "Derecho y moral (*Tanner Lectures* 1986)". *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.
- *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.
- *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

- “La soberanía popular como procedimiento (1988)”. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.
- “On the internal relation between the rule of law and democracy”. *The inclusion of the other*. Tradução de Ciaran Cronin e Pablo De Greiff. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998.
- “Paradigms of law”. Tradução de William Rehg. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. ROSENFELD, Michel & ARATO, Andrew (ed.). Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1998.
- “«Razonable» versus «verdadero», o la moral de las concepciones del mundo”. *Debate sobre el liberalismo político* (HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John). Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.
- “Reconciliación mediante el uso público de la razón”. *Debate sobre el liberalismo político* (HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John). Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.
- “Three normative models of democracy”. *The inclusion of the other*. Tradução de Ciaran Cronin e Pablo De Greiff. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.
- HAINES, Charles Grove. *A government of laws or a government of men: judicial or legislative supremacy*. Los Angeles: University of California, 1929.
- HALE, Matthew. *History of the Common Law of England*. GRAY, Charles M. (ed.). Chicago/London: University of Chicago Press, 1971.
- “Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Lawe”. HOLDSWORTH, William. *A history of English law*. v. V. 2ª ed. London: Methuen & Co., 1909.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HASSEMER, Winfried & KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca De Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. v. I: *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

- “Liberalism”. *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. London/Henley: Routledge & Keagan Paul, 1978.
- *The constitution of liberty*. London/New York: Routledge, 2006.
- HERRERA, Daniel A. *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*. Buenos Aires: Educa, 2005.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2ª ed. Portugal: Europa-América, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HIDALGO, Daniela Boito Maurmann & MACEDO, Elaine Harzheim (org.). *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- HOBBS, Thomas. “A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England”. *Writings on common law and hereditary right*. CROMARTIE, Alan & SKINNER, Quentin (ed.). New York: Oxford University Press, 2005.
- *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Richard Tuck (org.). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- *The elements of law natural and politic*. London: Simpkin, Marshall, 1889.
- *The English works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. v. 3 (*Leviathan*). MOLESWORTH, William (ed.). London: Bohn, 1839-45.
- HÖFFE, Otfried. *Aristotle*. Tradução de Christine Salazar. Albany: State University of New York Press, 2003.
- *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.
- HOLDSWORTH, William. *A history of English law*. v. V. 2ª ed. London: Methuen & Co., 1909.
- *Some makers of English law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1938.
- “The influence of Coke on the development of English law”. *Essays in legal history*. VINOGRADOFF, Paul (ed.). London: Oxford University Press, 1913.
- HRUSCHKA, Joachim. *La comprensione dei testi giuridici*. Tradução de Raffaele De Giorgi. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- INNERARITY, Daniel. *Dialéctica de la modernidad*. Madrid: Rialp, 1990.

- JASPERS, Karl. *Origine e senso della storia*. Tradução de Amerigo Guadagnin. Milano: Mimesis, 2014.
- *Os mestres da humanidade: Sócrates, Buda, Confúcio, Jesus*. Tradução de Jorge Telles Menezes. Coimbra: Almedina, 2003.
- KALINOWSKI, Georges. *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Tradução de Enrique Marí. Buenos Aires: EUDEBA, 1979.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, s/d.
- *Metaphysik der Sitten*. Leipzig: Dürr'schen Buchhandlung, 1870.
- “Risposta alla domanda: cos'è illuminismo?”. *Scritti di storia, politica e diritto*. Tradução de Filippo Gonnelli. Bari: Laterza, 1995.
- “Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi”. *Scritti di storia, politica e diritto*. Tradução de Filippo Gonnelli. Bari: Laterza, 1995.
- KÄSER, Max. “Sur la méthode des jurisconsultes romains”. Tradução de M. Joseph Modrzejewski. *Romanitas* 5 (1962).
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*. Tradução de Gaetano Carlizzi. Napoli: Vivarium, 2004.
- “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. Tradução de Marcos Keel. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- “Concepcion hermenéutica del método jurídico”. Tradução de José Zafra Valverde. *Persona y Derecho* 35 (1996).
- “Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
- “Ermeneutica e filosofia del diritto”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
- *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Gulbenkian, 2004.
- “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”. Tradução de Marcos Keel. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- “Il diritto tra identità e differenza. Riflessioni su un tema non approfondito”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.

- “La coscienza e il problema della validità giuridica”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “La «ipsa res iusta». Pensieri per un’ontologia ermeneutica del diritto”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “La filosofia del diritto oltre la modernità”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “La storicità del diritto alla luce dell’ermeneutica”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações. Fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa”. Tradução de Fernando José Bronze. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.
 - “Riflessioni per un fondamento ontologico dell’ermeneutica giuridica”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “‘Stato della legge’ e ‘Stato di diritto’”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XLI, série III (1964).
 - “Sulla circolarità nell’individuazione del diritto”. *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Tradução de Giovanni Marino. Milano: Giuffrè, 2003.
 - “Teoría de la justicia: un ensayo histórico-problemático”. *Hermenéutica y derecho*. OLLERO, Andrés & SANTOS, José Antonio (ed.). Granada: Comares, 2007.
- KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca De Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- *Teoria generale delle norme*. Tradução de Mirella Torre. Torino: EINAUDI, 1985.
 - *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KERN, Fritz. “Law and Constitution in the Middle Ages”. *Kingship and law in the Middle Ages*. Traduzido por S. B. Chrimes. New York/Evanston: Harper Torchbooks, 1956.
- KIRK, Russell. *The politics of prudence*. Bryn Mawr: ISI, 1994.
- KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d’une phénoménologie du droit*. Gallimard, 1981.

- KRIELE, Martin. *Diritto e ragione pratica*. Tradução de Vincenzo Omaggio e Paola Paumgardhen. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução de Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1999.
- LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.
- “Hermenêutica e jurisprudência: o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de ‘jurisprudência de valoração’”. *Revista Jurídica* 6 (1986).
- *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de etica juridica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- LASKI, Harold J. “The foundations of sovereignty”. *The foundations of sovereignty and other essays*. London: Allen & Unwin, 1921.
- LEONI, Bruno. *Freedom and the law*. 3ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.
- LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1949.
- LEWIS, John Underwood. “Sir Edward Coke (1552-1633): his theory of ‘artificial reason’ as a context for modern basic legal theory”. *Law Quarterly Review* 84 (1968).
- LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.
- LORD, Carnes. “Aristotle”. *History of political philosophy*. 3ª ed. STRAUSS, Leo & CROPSEY, Joseph (ed.). Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Traduzido por Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.
- “Why cases have rationes and what these are”. *Precedent in law*. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1991.

- MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (org.). *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MACHADO, Fábio Cardoso. “Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica”. *A reforma do Poder Judiciário*. MACHADO, Fábio Cardoso & MACHADO, Rafael Bicca (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- “Por que realmente os precedentes importam?”. *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. MACEDO, Elaine Harzheim & HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- “*After virtue* after a quarter of a century”. *After virtue*. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- “Aquinas and the extent of moral disagreement”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.
- “¿La ética aplicada se basa en un error?”. *Razón pública y éticas aplicadas*. Adela CORTINA, Adela & GARCÍA-MARZÁ, Domingo (ed.). Madrid: Tecnos, 2003.
- “La privatización del bien”. Tradução de Juan Fernando Segovia. *El iusnaturalismo actual*. MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- “Natural law as subversive: the case of Aquinas”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- “Rival Aristotles: Aristotle against some modern Aristotelians”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- “Rival Aristotles: Aristotle against some Renaissance Aristotelians”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

- “Social structures and their threats to moral agency”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
 - “Some Enlightenment projects reconsidered”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
 - “Theories of natural law in the culture of advanced modernity”. *Common truths. New perspectives on natural law*. MCLEAN, Edward B. (ed.). Wilmington: ISI, 2004.
 - “Three perspectives on Marxism: 1953, 1968, 1996”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
 - “Toleration and the goods of conflict”. *Ethics and politics. Selected essays, volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- MAIHOFER, Werner. “The ethos of the republic and the reality of politics”. *Machiavelli and republicanism*. BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin & VIROLI, Maurizio (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- MAITLAND, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955.
- MANASSERO, María de los Ángeles. “La Nueva Retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman”. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. SERNA, Pedro (dir.). 2ª ed. Granada: Comares, 2005.
- MANENT, Pierre. *An intellectual history of liberalism*. Traduzido por Rebecca Balinski. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- MARITAIN, Jaques. *La persona e il bene comune*. 11ª ed. Tradução de Matilde Mazzolani. Brescia: Morcelliana, 1998.
- *Man and the state*. Washington: Catholic University of America Press, 1998.
 - “The rights of man and natural law”. *Christianity and democracy and The rights of man and the natural law*. Traduzido por Doris C. Anson. San Francisco: Ignacius, 2011.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. (ed.). *El iusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Pamplona: EUNSA, 2006.
 - *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
 - “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”. *Doxa* 21-II (1998).

- MCILWAIN, Charles Howard. "A fragment on sovereignty". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947.
- "Government by law". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- "Liberalism and the totalitarian ideals". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- "Magna Carta and common law". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- "Mediaeval institutions in the modern world". *Speculum* 16 (1941).
- "Sovereignty". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- "The English common law, barrier against absolutism". *The American Historical Review* 49 (1943).
- "The fundamental law behind the Constitution of the United States". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- *The growth of political thought in the West. From the Greeks to the end of the Middle Ages*. New York: MacMillan Company, 1932.
- "Whig sovereignty and real sovereignty". *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- MCINERNY, Ralph. "El conocimiento de la ley natural". Tradução de Estela R. L. de Massini-Correias. *El iusnaturalismo actual*. MASSINI-CORREAS, Carlos I. (ed). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- *Ethica Thomistica. The moral philosophy of Thomas Aquinas*. Washington: Catholic University of America Press, 1997.
- "The principles of natural law". *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1980).
- MEIER, Heinrich. *Leo Strauss y el problema teológico-político*. Tradução de María Antonieta Gregor e Mariana Dimopulos. Buenos Aires: Katz, 2006.
- MELIS, Renato. "Otto tesi su Stato di diritto e Stato di giustizia". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XLI, série III (1964).
- MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. 2ª ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

- "Lo «stile italiano»: la dottrina". Tradução de Diego Corapi e Giuseppe Marziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XX (1966).
- "Lo «stile italiano»: l'interpretazione". Tradução de Diego Corapi e Giuseppe Marziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII (1968).
- MICHELMAN, Frank I. "Law's Republic". *The Yale Law Journal* 97 (1988).
- MILLER, David. "Introduction". *Liberty*. MILLER, David (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1991.
- (ed.). *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2017.
- MOREIRA, Vital & CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre & AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. 2ª ed. Malden, Oxford, Victoria: Blackwell, 2005.
- NEUMANN, Franz. *The rule of law: political theory and the legal system in modern society*. Leamington Spa, Heidelberg, Dover: Berg, 1986.
- NEWMAN, W. L. "The constitutions dealt with by Aristotle in the Politics". *The Politics of Aristotle*. v. IV. Oxford: Clarendon Press, 1902.
- *The Politics of Aristotle*, v. I: *Introduction to The Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1887.
- OLLERO TASSARA, Andrés. "Hobbes y la interpretación del derecho". *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica*. v. II. AAVV. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.
- "La utopia rousseauiana: democracia y participación". *Equality and freedom*. v. 1. DORSEY, Gray (ed.). New York: Oceana, 1977.
- "Legitimación democrática del derecho y positivismo legalista". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 16 (1976).
- OLLERO, Andrés & SANTOS, José Antonio (ed.) *Hermenéutica y derecho*. Granada: Comares, 2007.
- ORRÙ, Giovanni. *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1999.

- ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. Tradução de Isabel Lifante Vidal. *Doxa* 14 (1993).
- PATTERSON, Dennis (ed.). *Philosophy of law and legal theory. An anthology*. Malden, Oxford, Melbourne, Berlin: Blackwell, 2003.
- PAWLOWSKI, Hans Martin. *Introduzione alla metodologia giuridica*. Tradução de Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra. Milano: Giuffrè, 1993.
- PERELMAN, Chaïm. “A fundamentação das decisões de justiça”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d
- “A interpretação jurídica”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “A lei e o direito”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “Direito e retórica”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “Direito, logica e argumentação”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “Direito, logica e epistemologia”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “El razonamiento jurídico”. *Revista Peruana de Derecho Procesal* II (1998).
- “Ideias sobre a lógica jurídica”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- “O que é a lógica jurídica?”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- “O raciocínio jurídico”. *Ética e direito*. Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Piaget, s/d.
- PETTIT, Philip. “Democracia y evaluaciones compartidas”. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. *Isonomía* 23 (2005).
- *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- PICARDI, Nicola. “Extrastatalita’ della giurisdizione”. Publicado em «<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12721.pdf>» (acesso em 20/12/2017).
- *La giurisdizione all’alba del terzo milenio*. Milano: Giuffrè, 2007.

- PIEPER, Josef. *La giustizia*. Tradução de Elio Morselli. Brescia/Milano: Morcelliana/Massimo, 2000.
- *La prudenza*. Tradução de Giusi Pezzuto. Brescia/Milano: Morcelliana/Massimo, 1999.
- PLATÃO. *A república*. 9ª ed. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- *Apologíá de Sócrates. Críton. Fedón*. Tradução de M.ª Luz Pietro. Madrid: Akal, 2005.
- *As leis*. 2ª ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.
- *Diálogos (O banquete, Fédon, Sofista, Político)*. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril, 1972.
- *Filebo*. Tradução de Claudio Mazzarelli. *Platone: tutti gli scritti*. REALE, Giovanni (ed.). Milano: Bompiani, 2016.
- *Laws*. Tradução de Benjamin Jowet. New York: Prometheus Books, 2000.
- *Simposio*. Tradução de Giovanni Reale. *Platone: tutti gli scritti*. REALE, Giovanni (ed.). Milano: Bompiani, 2016.
- *Statesman*. Tradução de Robin Waterfield. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- PLUCKNETT, Theodore F. T. “Dr. Bonham’s Case and judicial review”. *Harvard Law Review* 40 (1926-1927).
- POCOCK, J. G. A. “Burke and the Ancient Constitution – A problem in the history of ideas”. *The Historical Journal* 3 (1960).
- *The ancient constitution and the feudal law – A study of English historical thought in the seventeenth century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.
- *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2003.
- *The problems of jurisprudence*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1990.
- “What has pragmatism to offer law?”. *Philosophy of law and legal theory. An anthology*. PATTERSON, Dennis (ed.). Malden, Oxford, Melbourne, Berlin: Blackwell, 2003.

- POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”. *Oxford University Commonwealth Law Journal* 2 (2003).
- “Classical Common Law Jurisprudence (Part II)”. *Oxford University Commonwealth Law Journal* 3 (2003).
- *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 1991.
- “Some roots of our notion of precedent”. *Precedent in law*. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1991.
- PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939.
- RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Tradução de Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè, 1962.
- RAHE, Paul A. *Republics ancient and modern, v. 3: Inventions of prudence: constituting the American regime*. Chapel Hill/London: The University of North Carolina Press, 1994.
- RATZINGER, Joseph. “Ciò che tiene unito il mondo”. Tradução de Giulio Colombi. *Humanitas* 2 (2004).
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, London: Belknap Press, 1971.
- *A theory of justice (Revised Edition)*. Cambridge, London: Belknap Press, 1999.
- *Political liberalism (Expanded Edition)*. New York: Columbia University Press, 2005.
- “Réplica a Habermas”. *Debate sobre el liberalismo político* (HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John). Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.
- “The idea of public reason revisited (1997)”. *Political liberalism (Expanded Edition)*. New York: Columbia University Press, 2005.
- *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAWLS, John & HABERMAS, Jürgen. *Debate sobre el liberalismo político*. Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.
- REALE, Giovanni. *Aristóteles (História da filosofia grega e romana, v. IV)*. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perini. São Paulo: Loyola, 2007.

- “Especificações sobre as características fundamentais do conceito grego de filosofia”. *Sofistas, Sócrates e socráticos menores (História da filosofia grega e romana*, v. II). Tradução de Marcelo Perini. São Paulo: Loyola, 2009.
- *Introduzione a Aristotele*. 12ª ed. Laterza, 2002.
- REID, John Phillip. *Rule of Law. The jurisprudence of liberty in the seventeenth and eighteenth centuries*. 1ª ed. DeKalb: Northern Illinois Univeristy Press, 2004.
- REIS MARQUES, Mário. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- RHONHEIMER, Martin. “*Auctoritas non veritas facit legem: Thomas Hobbes, Carl Schmitt, and the idea of the constitutional state*”. *The common good of constitutional democracy. Essays in political philosophy and on Catholic social teaching*. MURPHY JR., William F. (ed.). Washington: The Catholic University of America Press, 2013.
- *La filosofia politica di Thomas Hobbes: coerenza e contraddizioni di un paradigma*. Roma: Armando Editore, 1997.
- “The democratic constitutional state and the common good”. *The common good of constitutional democracy. Essays in political philosophy and on Catholic social teaching*. MURPHY JR., William F. (ed.). Washington: The Catholic University of America Press, 2013.
- “The liberal image of man and the concept of autonomy: beyond the debate between liberals and communitarians”. *The common good of constitutional democracy. Essays in political philosophy and on Catholic social teaching*. MURPHY JR., William F. (ed.). Washington: The Catholic University of America Press, 2013.
- RORTY, Amelie Oksenberg (ed.). *Essays on Aristotle’s ethichs*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1980.
- ROSENFELD, Michel & ARATO, Andrew (ed.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1998.
- ROSS, D. *Aristotle*. 6ª ed. London: Routledge, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.
- SÁ DA SILVA, Antonio & COELHO, Nuno M. M. Santos (org.). *Teoria do direito. Direito interrogado hoje – O jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Salvador: Juspodivm, 2012.

- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- “The procedural republic and the unencumbered self”. *Communitarianism and individualism*. AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1992.
- SANDOZ, Ellis. *A government of laws. Political theory, religion, and the American founding*. Columbia/London: University of Missouri Press, 2001.
- “Foundations of American liberty and rule of law”. *Republicanism, religion, and the soul of America*. Columbia, London: University of Missouri Press, 2006.
- “Republicanism and religion: some contextual considerations”. *Republicanism, religion, and the soul of America*. Columbia, London: University of Missouri Press, 2006.
- SANTOS, José Antonio & OLLERO, Andrés (ed.) *Hermenéutica y derecho*. Granada: Comares, 2007.
- SANTOS JUSTO, A. *Direito Privado Romano – I (Parte Geral)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SARTORI, Giovanni. *Liberty and law*. California: Institute for Humane Studies, 1976.
- “Note sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XLI (1964).
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2009.
- SCHIAVONE, Aldo. *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Einaudi, 2005.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de Cristina Monereo Atienza. Granada: Comares, 2006.
- *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Tradução de George Schwab. Chicago/London: University of Chicago Press, 2005.
- *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tradução de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.
- SHRAM, Glenn N. “Pluralism and the common good”. *The American Journal of Jurisprudence* 36 (1991).

- SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. 2ª ed. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 2000.
- SCRUTON, Roger. *The meaning of conservatism*. 3ª ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2002.
- SERNA, Pedro (dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. 2ª ed. Granada: Comares, 2005.
- SKINNER, Quentin. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- “Machiavelli's *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas”. *Machiavelli and republicanism*. BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin & VIROLI, Maurizio (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SKINNER, Quentin, BOCK, Gisela & VIROLI, Maurizio (ed.). *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SOLUM, Lawrence B. “Virtue jurisprudence: a virtue-centred theory of judging”. *Metaphilosophy* 34 (2003).
- STEIN, Peter. *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*. Tradução de Anna De Vita, Maria Donata Panforti e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995.
- *Roman law in European history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- STONER JR., James R. *Common law and liberal theory: Coke, Hobbes, and the origins of american constitutionalism*. Lawrence: University Press of Kansas, 1992.
- “Constitutionalism and judging in *The Federalist*”. *Saving the Revolution: The Federalist Papers and the American founding*. KESLER, Charles R. (ed.). New York, London: Free Press, 1987.
- STRAUSS, Leo. “An Epilogue”. *Liberalism ancient and modern*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.
- “Liberal education and responsibility”. *Liberalism ancient and modern*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.
- *Natural right and history*. Chicago/London: The University of Chicago Press, s/d.
- “On classical political philosophy”. *An introduction to political philosophy. Ten essays by Leo Strauss*. GILDIN, Hilail (ed.). Detroit: Wayne State University Press, 1989.
- “Plato”. *History of political philosophy*. 3ª ed. STRAUSS, Leo & CROUSEY, Joseph (ed.). Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987.

- *The city and man*. Chicago/London: The University of Chicago Press, s/d.
- “The liberalism of classical political philosophy”. *Liberalism ancient and modern*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.
- *The political philosophy of Hobbes. Its basis and its genesis*. Tradução de Elsa M. Sinclair. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1984.
- “The three waves of modernity”. *An introduction to political philosophy. Ten essays by Leo Strauss*. GILDIN, Hilail (ed.). Detroit: Wayne State University Press, 1989.
- “What is liberal education?”. *Liberalism ancient and modern*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.
- “What is political philosophy?”. *An introduction to political philosophy. Ten essays by Leo Strauss*. GILDIN, Hilail (ed.). Detroit: Wayne State University Press, 1989.
- SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SWIFT, Adam & MULHALL, Stephen. *Liberals and communitarians*. 2. ed. Malden, Oxford, Victoria: Blackwell, 2005.
- TABORDA, Maren Guimarães. “A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na *fides*”. *Estudos jurídicos* 91 (2001).
- TALMON, J. L. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1955.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Mulino, 1976.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- TAYLOR, Charles. “Atomism”. AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (ed.). *Communitarianism and individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- “Cross-purposes: the Liberal-Communitarian debate”. *Philosophical arguments*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1995.
- “Invoking civil society”. *Philosophical arguments*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1995.
- “Liberal politics and the public sphere”. *Philosophical arguments*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1995.
- “The politics of recognition”. *Philosophical arguments*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1995.
- *The sources of the self. The making of the Modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

- “What’s wrong with negative liberty”. *Liberty*. MILLER, David (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1991.
- THORNE, Samuel E. “Dr. Bonham’s Case”. *Law Quarterly Review* 54 (1938).
- ULEN, Thomas & COOTER, Robert. *Law and economics*. 4ª ed. Boston, San Francisco, New York, London, etc.: Addison Wesley, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986.
- *The Critical Legal Studies Movement. Another time, a greater task*. London, New York: Verso, 2015.
- VICO, João Batista. “Da jurisprudência (Item XI de ‘De nostri studiorum ratione’)”. Tradução de Mário Buti. *Textos clássicos de filosofia do direito*. FARIA, Anacleto de Oliveira (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- VIEHWEG, Theodor. “Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico”. Tradução de Jorge M. Seña. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”. Tradução de Jorge M. Seña. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- “Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica”. Tradução de Jorge M. Seña. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- “La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho”. Tradução de Jorge M. Seña. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- “Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica”. Tradução de Jorge M. Seña. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- *Tópica y jurisprudencia*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Taurus, 1986.
- VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: PUF, 2003.
- *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002.
- *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*. Paris: Dalloz, 2001.
- *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: PUF, 1987.
- VINOGRADOFF, Paul. “The influence of Coke on the development of English law”. *Essays in legal history*. London: Oxford University Press, 1913.

- VIROLI, Maurizio. "Machiavelli and the republican idea of politics". *Machiavelli and republicanism*. BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin & VIROLI, Maurizio (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- *Republicanism*. Tradução de Antony Shugar. New York: Hill and Wang, 2002.
- VIROLI, Maurizio, BOCK, Gisela, & SKINNER, Quentin (ed.). *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- VOEGELIN, Eric. *Anamnese da teoria da história e da política*. Edição de texto de David Walsh. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2009.
- *Ciência, política e gnose*. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Coimbra: Ariadne, 2005.
- *Hitler e os alemães*. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2008.
- *Order and history, v. 3: Plato and Aristotle*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1957.
- *Plato*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1966.
- "Reason: the Classic experience". *Anamnesis*. Edição e tradução de Gerhart Niemeyer. Columbia/London: University of Missouri Press, 1978.
- *Reflexões autobiográficas*. SANDOZ, Ellis (ed.). Tradução de Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2008.
- "The nature of the law". *The nature of the law and related legal writings*. PASCAL, Robert Anthony, BABIN, James Lee & CORRINGTON, John William. Baton Rouge/London: Louisiana State University Press, 1991.
- *The new science of politics*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1987.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice. A defense of pluralism and equality*. USA: Basic Books, 1983.
- "The communitarian critique of liberalism". *Political Theory* 18 (1990).
- WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2005.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1993.
- YALE, D. E. C. "Hobbes and Hale on law, legislation and the sovereign". *Cambridge Law Journal* 31 (1972).