

# CERTEZA DO DIREITO E MULTIPLICAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS: UMA REFLEXÃO SOBRE O CONTEXTO ITALIANO\*

CERTEZZA DEL DIRITTO E MOLTIPLICAZIONE DELLE FONTI NORMATIVE:  
UNA RIFLESSIONE DAL CONTESTO ITALIANO

FRANCESCO RIMOLI\*\*

*Recebido para publicação em agosto de 2005*

Sumário: 1. Certeza do direito: princípio ou valor? 2. A certeza como problema definitório. 3. Clareza da norma, certeza das relações jurídicas e funções sistêmicas. 4. Certeza e interpretação. O papel do juiz entre previsibilidade e justiça integrativa. 5. Estabilidade e mutação como problema dos ordenamentos jurídicos. Princípio de certeza e certeza dos princípios. 6. Incerteza integrativa e “direito dúctil”: ainda no sentido de um direito por princípios? 7. Certeza e confiança: a coerência como limite para a nomopoiese (criação da lei)? 8. Incerteza sistêmica e multiplicação das fontes: uma falsa perspectiva.

## 1. Certeza do direito: princípio ou valor?

O tema da certeza do direito não teve, na literatura jurídica italiana, a merecida atenção; tratado incidentalmente em numerosas análises de porte especializado e em alguns artigos, foi, entretanto, abordado de forma completa principalmente por duas famosas monografias, agora distantes no tempo e, seguidas mais recentemente de pelo menos outros dois estudos de notável amplitude<sup>1</sup>. Em outro lugar, o tema foi desenvolvido por estudiosos de teoria geral com efeitos diversos, com base em uma colocação realística de porte radical<sup>2</sup>, ou mesmo no âmbito de uma complexa teoria da argumentação do tipo pós-cognitivístico<sup>3</sup>, e por outro lado, no mais amplo plano da reflexão filosófica, incerteza, instabilidade e precariedade, são a fundamentação da pós-modernidade, em uma dimensão do efêmero e do transitório os quais desde sempre equivalem temores e tentativas de

resposta, em medida escatológica, como no âmbito das atividades rotineiras<sup>4</sup>. E, embora, como normalmente se observa, o tema da certeza torna-se cada vez mais central na análise dos sistemas jurídicos complexos, como momento de equilíbrio e harmonização da multiplicidade axiológica dos modelos pluralistas; o princípio de certeza, unido ao princípio de confiança do cidadão nos confrontos da positivação do direito por obra do legislador, torna-se, pois, um princípio sistêmico de estabilização. Ele opera, igualmente, em posterior e estreita conexão com aqueles da igualdade, e para a obtenção de um fim-valor de justiça determinado de modo contingente, quando a necessária coexistência, e a multiplicação de numerosas instâncias éticas, coletivas e individuais, própria dos modelos pluralistas, impõem a presença de instrumentos mínimos, mas indefectíveis, de homogeneização sistêmica<sup>5</sup>.

\* Texto traduzido por Juliana Salvetti e revisto por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio.

\*\* Professore ordinario di Teoria dei sistemi giuridici nell'Università di Teramo. Traduzido do italiano para o português por Juliana Salvetti.

Quanto à doutrina constitucional italiana, grande parte dela apontou a sua atenção, essencialmente, aos perfis mais concretos do tema, nela examinando, sobretudo, as relações com os problemas inerentes à clareza e à perspicácia dos atos normativos, na sua redação e publicação, mas também, obviamente, às ligações entre interpretação e aplicação do ditado normativo<sup>6</sup>.

Contudo, parece que um princípio de tal importância deva ser estudado com maior amplitude, especialmente em relação aos aspectos funcionais que o conectam à mesma dimensão do direito compreendido como *medium* intersistêmico; no tocante a essa perspectiva, enfim, algumas das mais freqüentes observações à cerca da importância da certeza poderiam assumir uma nova colocação, justificando conclusões que seriam de outra forma aparentemente intoleráveis. Em outros termos, é a certeza um valor em si, ou deve ser medida por um modelo avaliador mais complexo de eficiência e eficácia do subsistema jurídico, tornando-se um *princípio*, e, portanto um instrumento, mais que um fim-valor<sup>7</sup>. E, antes ainda, pode ser afirmado realmente, com a convicção mostrada por Bobbio, que a certeza “é um elemento intrínseco do direito, mas sim que o direito ou é certo ou não é nem mais direito”<sup>8</sup>.

Não poderia, além disso, refletir-se no fato que, às vezes, uma absoluta (quanto improvável) certeza das conseqüências jurídicas de um comportamento concreto, mesmo colocando-se *a priori* como considerável expressão da capacidade coercitiva do ordenamento, ou mesmo da sua eficácia, impeça, todavia, a esse assimilar realmente a sua função medianeira e, sob outra perspectiva, alcançar aquele fim de justiça que lhe deveria permitir a assimilação das tensões sociais? Na verdade, a solução parece muito mais complexa, colocando-se por trás de tais interrogações,

a secular disputa entre modelos jurídicos de *common law* e de *civil law*, e a conectada definição do papel do juiz em ambos os sistemas: se isso parece plausível que, mesmo com uma colocação um tanto radical, pelos sistemas do primeiro tipo, tenha-se extraído a leitura realística extrema de Jerome Frank, ou de qualquer modo uma visão realístico-comportamentista como aquela exposta por Alf Ross<sup>9</sup>, não parece igualmente compartilhável que, em modelos do segundo tipo continuou-se mantendo, mesmo perante as profundas transformações do papel da lei e a fragmentação das tradicionais categorias dogmáticas na reconstrução sistemática das fontes normativas, a idéia pela qual por uma drástica simplificação e redução do ordenamento e por uma melhor redação das disposições possa *ipso facto* originar, em uma correlativa delimitação dos espaços confiados ao intérprete, uma verdadeira atuação do princípio de certeza e, por ele, uma eficiência superior do ordenamento<sup>10</sup>. Esse breve estudo não pretende, obviamente, acrescentar a uma completa análise dos problemas levantados, mas somente apresentar algumas observações sobre o tema, e sobre as conotações que a sua exposição parece hoje assumir na doutrina liderante, a fim de induzir, se possível, a uma mais profunda reflexão futura.

## 2. A certeza como problema definitivo

Mas, antes de tudo, como se pode definir o conceito de certeza, e quais são os seus limites? Uma atual síntese apanha o significado da certeza na “previsibilidade das conseqüências jurídicas de atos ou fatos”, e mais especificamente em:

A) previsibilidade da intervenção, e, portanto, também da não-intervenção, de órgãos de competência jurídica decisiva ou meramente executiva em relação a um (a cada um) único caso concreto;

B) previsibilidade do efeito de uma (de cada uma) eventual intervenção de um órgão de competência jurídica decisiva, ou seja, previsibilidade da decisão jurídica;

C) segurança das relações jurídicas em virtude de uma presumível estabilidade da regulamentação, ou *coherence* entre normativas subsequentes no tempo<sup>11</sup>.

Esse último ponto consente subsistir além de qualquer perplexidade, e em seguida será abordado; quanto aos dois primeiros, é certo que o elemento subjetivo da previsibilidade das conseqüências da própria ação concreta, de fundar, evidentemente, em uma objetiva conseqüencialidade causal dos verdadeiros efeitos da própria ação, quase em forma de necessidade, coloca-se por si mesma como forte elemento de estabilização das expectativas comportamentais, e, portanto como instrumento de assimilação de uma das funções primárias do sistema jurídico, na acepção feita por Luhmann<sup>12</sup>. Nesse sentido, o modelo da certeza inclina-se a colocar como ideal *teleológico e tendencial* uma mimese entre a lei jurídica e a lei natural: a primeira terá tanto mais sucesso, eficácia e eficiente quanto mais as conseqüências nela previstas serão confirmadas infalivelmente, como que no processo causal natural, e com base em um modelo de necessidade que, de certo modo, anularia a diferença entre o prescritivo e o descritivo, em total vantagem desse último; segundo a antiga concepção iluminista, a lei jurídica aspiraria assim ser inviolável tanto quanto a lei natural<sup>13</sup>. Observada sob esse perfil, a mesma colocação realística, na sua acepção americana como naquela escandinava, usualmente criticada pelos sustentadores tradicionais do princípio em questão, termina na verdade com o ser, seja em uma decidida mutação das perspectivas de observação, uma substancial reafirmação das instâncias de certeza: uma ciência jurídica compreendida como

ciência preditiva das decisões dos juízes muda o objeto do seu estudo (não mais a lei, mas a jurisprudência das cortes), mas não pode não prover, sob pena de uma perda de sentido substancial, aos operadores e a todos consociados um instrumento de previsão, um modelo alternativo de certeza probabilística dos quais esses possam, a fim de evitar conseqüências desagradáveis, modelar os próprios comportamentos<sup>14</sup>.

A certeza das relações jurídicas, portanto, antes ainda que a certeza (ou a clareza, para ela instrumental) das *normas*, constitui exigência primária da vida social. E, todavia, o papel de estabilização das expectativas de comportamento cujo direito em fase de *medium* intersistêmico deve assimilar, não poderia considerar-se realizado quando fosse, hipoteticamente, alcançada uma total previsibilidade das decisões assumidas, e, com essa, a total assimilação entre lei jurídica e lei de casualidade.

O erro, nesse caso, seria evidente: um direito - ou melhor, um ordenamento - que se colocasse como absolutamente iniludível e inalterável no caso individual, mas só, eventualmente, modificável por meio de generalidade e abstração, seria provavelmente totalmente inidôneo para desenvolver o papel acima citado. Encobre-se sob esse perfil o problema tradicionalmente posto por aqueles que se ocuparam desses temas: a exigência de certeza, entendida como necessidade sistêmico-funcional, colide, todavia com outra exigência, teleológico-axiológica, de realização do fim-valor de justiça. Em outros termos, o excesso de rigidez que se originaria de uma absoluta estabilidade das exauridas relações jurídicas, mas, sobretudo, pela absoluta previsibilidade dos efeitos das relações pendentes, terminaria com o comprometimento, em muitos casos, a possibilidade de consideração das instâncias postas pela solução do caso individual: aqui a tríade conceitual

certeza-igualdade-justiça revela totalmente à sua íntima natureza antinômica, oferecendo ao intérprete da realidade social (o legislador) ou da norma (o juiz e qualquer outro operador jurídico) uma margem inevitável - e indispensável - de incerteza e de ambigüidade quanto aos possíveis efeitos das opções<sup>15</sup>. E por outro lado, no mesmo sistema do direito penal, onde, no grau máximo, se adverte a exigência de certeza, expressa no plano do direito positivo dos princípios de taxatividade (e perspicácia) do caso normativo e de irretroatividade da lei, dos quais nos artigos 25 Const. e 1 c.p., o complexo mecanismo da determinação da entidade da pena e a existência de uma sólida margem de discricionariedade do juiz na quantificação da mesma entre um mínimo e um máximo definidos pelo legislador são a prova da impraticabilidade de um cânone absoluto de previsibilidade do ordenamento positivo<sup>16</sup>. Não apenas. Uma absoluta (quanto hipotética) certeza dos efeitos de um confronto judicial desenvolvido baseando-se nas disposições perfeitamente unívocas, poderia igualmente fragilizar a capacidade de assimilação do conflito, e de legitimação externa da decisão, do mesmo que, de outra forma, o procedimento, segundo a conhecida concepção de Luhmann, possui: uma margem de incerteza dos efeitos é, pois, necessário para induzir os titulares dos diversos interesses em jogo a alcançar a satisfação desses no âmbito dos procedimentos institucionalizados, permitindo então um melhor controle social das tensões e a conquista final de um consenso (ou seja, de uma legitimação) sobre a escolha do decisor (o sujeito julgador), ou, pelo menos, de uma neutralização das reações dos sujeitos desiludidos pela mesma, limitando o recurso aos “sistemas de contato” externos<sup>17</sup>.

Raciocinando de outra forma, as linhas de resolução dos conflitos tendem

a recondução a mecanismos externos do alvéolo institucional, freqüentemente ocultando-se, e tornando enfim o sistema jurídico incapaz, de fato, de desempenhar as suas funções essenciais de controle e estabilização.

O princípio de certeza revela-se, então, absolutamente problemático, na sua natureza como nos seus contornos: não pode ser considerado um valor-fim, já que tendencialmente colide com um outro objetivo axiologicamente definido, aquele da justiça (cujos conteúdos concretos são muito variáveis, e que, não obstante, se coloca como escopo essencial e fonte de legitimação de todo ordenamento)<sup>18</sup>, em relação ao qual pode colocar-se somente de forma instrumental, e finalmente subordinada; e, todavia, mesmo se compreendido como instrumento, como os outros princípios (e em estreita conexão com aquele da igualdade), surte efeitos muito diferentes baseados no contexto global do ordenamento onde é chamado para operar. Se, pois, em um sistema de tipo autoritário, ele pode coerentemente colocar-se como meio de perpetuação do ordenamento, na constante afirmação da sua eficiência, eficácia, coercitividade e iniludibilidade, dentro de um modelo mais complexo, informado a cânones de democracia e pluralismo, onde todos esses critérios são bem menos definíveis abstratamente, a certeza não pode ser assumida *tout court* como fator de eficiência e estabilização, podendo ao contrário, em certas condições, constituir uma das causas da suspensão entre o ordenamento positivo na sua realização efetiva e as dinâmicas que inspiram o agir social, em um determinado contexto, e, portanto, momento lesivo do próprio sistema. Será então oportuno examinar mais de perto os perfis tradicionalmente compreendidos como condições da realização do princípio em questão. Com esse propósito, Guastini

caracteriza, circunscrevendo o discurso à lei e à sua aplicação, quatro condições para garantir a previsibilidade das decisões, a seguir:

- 1)- Conhecimento e compreensão da lei;
- 2)- Fidelidade à lei por parte dos juízes;
- 3)- Estabilidade da jurisprudência, e finalmente,
- 4)- Irretroatividade da lei;

Para a estabilidade das relações exauridas, as condições seriam duas, ou seja, novamente a irretroatividade da lei, o e a intangibilidade da coisa julgada<sup>19</sup>. A substancial superfluidade da separação inicial entre previsibilidade e estabilidade, essencialmente tautológica, justifica a repetição das condições acerca do segundo perfil, e conseqüentemente será conveniente deter-nos somente sobre os quatro primeiros pressupostos, cuja evidente problemática torna, por essência, tudo menos que unívoca a individuação e a atuação da certeza.

### **3. Clareza da norma, certeza das relações jurídicas e funções sistêmicas**

Segundo uma comum quanto óbvia consideração, o direito não pode ser certo até que as normas, mediante as quais o ordenamento se constrói, não estejam expressas claramente, ou seja, com enunciados prescritivos perspicuos e não contraditórios, e não sejam igualmente de todo reconhecíveis (não necessariamente conhecidos) pelos destinatários, ou mesmo pelos consociados, através de apropriados instrumentos de cognição. O ausente conhecimento, ou melhor, o não conhecimento da lei, induz o indivíduo, e a inteira coletividade, na mais desesperadora impossibilidade de previsão das conseqüências das próprias ações, criando situações de caos ou de paralisia ao completo sistema. Como é óbvio, o problema da clareza conecta-se intimamente àquele da coerência do ordenamento, ou seja, da eliminação das antinomias internas e externas

desse, mas também, pelo menos em parte, com aquele da plenitude tendencial do mesmo, que poderia fornecer qualificações e cânones orientadores de comportamento para todo possível agir humano, segundo as modalidades deonticas fundamentais bem conhecidas dos teóricos do direito. Assim, a produção hipertrófica e vertiginosa de normas próprias dos ordenamentos contemporâneos é considerada, de modo quase unânime, uma das principais causas de inadequação dos mesmos, que no excesso de complexidade e na superabundância de disciplinas findam por perder toda a homogeneidade, impregnando-se de erros e contradições, e não são, na grande maioria, capazes de serem nem eficientes nem efetivas<sup>20</sup>. Isso enfraquece os fundamentos da real possibilidade de conhecimento do direito vigente em um determinado momento por parte dos destinatários, fere a confiança dos cidadãos na coerência do legislador e, finalmente, na mesma coercitividade e efetividade das determinações, entendidas muito freqüentemente, especificamente em um modelo não autoritário, como mero *flatus vocis*; e isso produz, antes mesmo que desorientação e ansiedade, uma substancial anarquia do ordenamento. E o problema da dificuldade de cognição das normas é levado, como tal, a dar razão à tão conhecida quanto criticada sentença n. 364/88 da Corte constitucional italiana<sup>21</sup>, com a qual se refreou significativamente (ou talvez se desgastou) o princípio de imperdoabilidade da ignorância da lei penal, tanto mesmo com uma motivação cuja complexidade manifestava completamente a perturbação do juiz constitucional.

E, todavia, ainda mais uma vez, o problema parece colocado de modo insatisfatório: por um lado, observá-lo não significa ainda com certeza resolvê-lo, e muitos dos remédios projetados aparecem decididamente utópicos, como será visto

em breve; por outro lado, segundo o que já foi indicado pela outra doutrina, a exigência de clareza e conhecimento, ou seja, antes de tudo, de escritura e codificação das normas, coloca-se de modo diretamente proporcional à crescente presença de elementos societários em oposição àqueles comunitários no contexto social, ou mesmo na heterogeneidade do tecido conectivo da própria coletividade<sup>22</sup>. Em outras palavras, aqui se revela um dos dilemas essenciais dos modelos pluralísticos: a complexidade e a pluralidade das dimensões axiológicas impõem a determinação de mínimos inderrogáveis e perspicuos de positivação das normas de comportamento, pelo menos para definir as regras basilares do processo decisório, mesmo na perspectiva discursiva de Alexy e Habermas; nesse meio tempo, todavia, as mesmas características acabam com a determinação de uma multiplicação das instâncias, e, no plano institucional, uma proliferação de centros de produção normativa que, mesmo sendo expressão imediata da natureza pluralista do ordenamento, comprometem-lhe substancialmente a homogeneidade, a coerência e, portanto, a eficácia.

Quanto ao perfil da clareza normativa, uma excessiva confiança nas técnicas legislativas sobre as quais boa parte da doutrina já há algum tempo vai se detendo e deixa alguma perplexidade: critérios de *drafting*, instrumentos de legimática, emprego de meios informáticos de “manuais de legística”, tão sofisticados e completos, colocam-se seguramente como úteis - e às vezes necessários - fatores de integração do ordenamento na sua dimensão evolutiva, mas não são por si só suficientes para garantir o único caráter que pode atribuir, por fim, efetividade (e com ela eficácia) à determinação legislativa, ou seja, a força integrativa.

Essa deriva ao mesmo tempo, em uma sociedade compósita e competitiva,

onde a cooperação e a orientação no entender dos atores (usando ainda as categorias de Habermas)<sup>23</sup> representa um objetivo tão auspicioso quão infelizmente longe da realidade, pela capacidade de contratação, pela negociação entre as partes em jogo, pela composição de interesses opostos segundo relações de força cuja resultante é determinada pelo conjunto, institucional e não, dos fatores que cada uma delas pode fazer intervir no processo em próprio favor.

Nesse âmbito, a função do direito, compreendido ainda como um *medium* intersistêmico, não pode ser que aquela de impedir que a competição transforme-se em conflito aberto, ele, no melhor dos casos, que através do procedimento, disciplinado juridicamente, obtenha-se aquele grau de legitimação das escolhas do qual já se falou anteriormente. A importância histórica de tal processo mede-se, em toda a sua gravidade, observando, por exemplo, a tendência à nova recondução das mesmas relações de emprego público à dimensão privatizado-contratual; se por um lado isso comporta em perspectiva, para a Administração, de uma redução de custos e de obrigações, perseguida através de uma maior mobilidade da relação de emprego, por outro ela responde a exigências de mais ampla expressão institucional, evidenciando a superação da capacidade efetiva, para os poderes públicos, de definir pela autoridade estatal as formas e os modos da própria relação, que para legitimar-se deverá surtir de uma negociação entre as partes. E isso pressupõe a equiparação inicial das mesmas, e do sujeito público antes de tudo, em um modelo cooperativo onde não seja mais admissível uma posição privilegiada de um dos competidores em relação aos outros. Daqui, então, a consideração pela qual a eficácia, eficiência e efetividade do ordenamento não têm como *pressuposto* a perspicácia das normas, a clareza e o co-

nhecimento das mesmas. Esses caracteres colocam-se mais, de formas diversas, como *instrumentos* para garantir a certeza, e essa, por sua vez, é meio (e, portanto, assumida como *princípio*) para os resultados acima mencionados: o pressuposto essencial é, todavia, a respondência da única normativa - e do ordenamento no seu complexo - às exigências contingentes do complexo dos destinatários, a capacidade daqueles que positivam o direito de compor em unidade a diversidade das instâncias, mediante compromissos que salvem ao mesmo tempo a natureza optativa da escolha e a paz social; inteiramente verificável só *a posteriori*. Em outras palavras, pode ser mostrada freqüentemente mais eficaz uma lei que, mesmo deixando uma margem de ambigüidade interpretativa, permite a todas as partes em jogo (ou a grande parte delas) o reconhecimento dos próprios interesses, em relação a uma outra que, na sua drástica univocidade, coloque-se como fator de exclusão de alguns dos sujeitos em jogo e pré-constitua, então, as formas da própria total elucidação por parte de um grupo social consistente. Assim, por exemplo, a legislação de um sistema autoritário, que se incline a recompor coativamente o conflito social, será provavelmente clara nas suas opções e na sua formulação, mas dificilmente poderá encontrar um consenso que a torne efetiva além da própria coação; em um modelo democrático integrativo isso será por fim intolerável.

Na realidade, na concreta experiência histórica, a escritura e a codificação tornaram-se necessárias, como já afirmado, toda vez que se manifestou um relevante grau de contraste entre as diversas composições do tecido social: a mesma positivação, todavia, sempre apareceu como fruto de um objetivo alcançado, de um equilíbrio, talvez até provisório, que havia permitido a definição de satisfações recíprocas de interesses, segundo a contingente possibilidade

de cada um dos sujeitos contraentes: assim nascem as primeiras cartas constitucionais, assim se define, em formas muito variadas, a inteira função do *ius scriptum*, que não por acaso inclina-se nesse momento em adquirir espaços preponderantes mesmo nos sistemas de *common law*, onde, no entanto, o mesmo direito jurisprudencial, fortemente estabilizado pelo princípio do *stare decisis*, acaba com a equivalência a um direito escrito. Esse último, mais, torna-se realmente supérfluo ou no caso (hoje improvável) de uma absoluta homogeneidade de opções axiológicas no tecido social, tal que a norma de comportamento, preponderantemente consuetudinária, seja capaz de tornar-se efetiva sem a necessidade de ser explícita, ou no caso (hoje menos improvável) de um poder exercitado em forma autoritária e capilar, que ostente e produza consenso aparente, mas reduza ao mínimo as necessidades de consenso real (e é o caso dos sobreviventes regimes teocráticos, mas também de algumas autocracias, desenvolvidas em forma de ditadura ou de democracia totalitária), ou finalmente na hipótese (hoje muito freqüente nos ordenamentos democráticos), onde a diversidade e a força dos interesses em jogo impeça a obtenção de compromissos profícuos, sobre as questões de relevante importância e complexidade (pensando-se, no contexto italiano, à substancial impossibilidade de reformas constitucionais executadas, ou, sobre um plano diferente, às dificuldades de disciplinar legislativamente fenômenos socialmente e eticamente controvertidos, como a fecundação assistida ou a experimentação genética).

A perspicácia compreendida como clareza lingüística, como fator de comunicação intersubjetivo, e a imponente colocação de regras de *drafting* que dela deriva, podem, portanto, constituir um instrumento necessário, mas não exclusivo nem prevalente na atividade de positivação do

direito; no plano social e no plano político, o qual mesmo do ponto de vista sistêmico deve fazer referência o ordenamento, assume um papel eminente à capacidade da norma de tornar-se *aceitável*, de satisfazer em um determinado momento a maior parte dos interesses concorrentes, de produzir equilíbrio contingente capaz de prevenir e assimilar os afastamentos extra-institucionais dos efeitos das desilusões sofridas pelos consociados<sup>24</sup>.

Nessa perspectiva, então, uma hipotética (e improvável) univocidade absoluta da norma seria provavelmente apreciável e auspiciosa no plano lingüístico e comunicativo, mas ineficaz, se não inoportuna, no plano político sistêmico, onde a margem deixada ao intérprete, ou durante a redação das disposições (com o uso de conceitos indeterminados ou fórmulas extensivas), ou mesmo durante a definição do papel do mesmo (aos quais sejam conferidos amplos espaços de discricionariedade, até com um prudente emprego de instrumentos de heterointegração do ordenamento) poderia representar, finalmente, a única real garantia de efetividade. Nesse sentido o conjunto das regras da legística poderia ser operado em um plano diferente, e subordinado; o bom compilador de um texto normativo (admitindo que seja realmente distinguível) deveria ser colocado como limite ao uso de tais instrumentos aquele da avaliação do impacto real da normativa que está elaborando, às vezes privilegiando a aceitabilidade em relação à clareza lingüística. Deveria, pois, aplicar as regras de *drafting*, mas somente até que tal aplicação não torne o resultado desprovido do grau de indeterminação (ou seja, de incerteza) necessário para torná-lo tolerável das partes as quais, de fato, está acreditada a decisão, ou, ainda mais, a aceitação social e o respeito das normas elaboradas, até na consciência do fato que, em um modelo estatal complexo, seria impossível garantir a

observância de normas malvistas somente de modo autoritário. Mas isso diz respeito afinal ao juízo de natureza política que se coloca bem adiante da banal e obrigatória aplicação de poucas regras sintáticas e taxonômicas, ligadas à compreensibilidade imediata dos enunciados, e que não poderia de qualquer maneira caber aos órgãos técnicos (repartições legislativas ministeriais, comissões de especialistas, e similares). Nem parece que a análise acerca da “elaboração” das leis, especialmente compreendida sob o perfil da aceitabilidade social, possa ser suficiente para superar esse obstáculo: desenvolveu-se fazendo prevalecer o plano estritamente técnico, de fato, essa pode caber aos sujeitos recentemente mencionados, mas não compreende a dimensão política, que pode ser remetida somente ao sujeitos representativos, os quais poderiam considerar perfeitamente oportuno contradizer os resultados da análise, aprovando leis não “elaboráveis”, mas politicamente úteis (pensando-se nas freqüentes doações dos períodos pré-eleitorais) ou exatamente necessárias (é o caso de normas talvez irrealizáveis imediatamente, mas colocadas como fator tempestivo de pacificação social em momentos de tensão)<sup>25</sup>; se, ao contrário, faz prevalecer, no ano âmbito da análise técnica, uma real avaliação política, a atividade em exame inclui um ato decisório implícito que induz, progressivamente, a uma involução tecnocrática do sistema, com uma paradoxal transformação de instrumentos nascidos como garantia de transparência das decisões em fatores reais de encobrimento das mesmas, em relação à opinião pública.

#### **4. Certeza e interpretação. O papel do juiz entre previsibilidade e justiça integrativa**

Não é possível aqui abordar o vasto perfil do papel do intérprete na aplicação

da lei: é, todavia, evidente que o processo de positivação do direito encontra no juiz uma coroação essencial (embora não definitivo, já que a própria pronúncia judicial será, por sua vez, suscetível, em certos limites, de interpretação na fase de execução), e que a idéia iluminística pela qual, em um modelo de separação de poderes, a função jurisdicional coloca-se como mera aplicação, coloca-se hoje como mais ainda insustentável de quanto já não fosse no momento em que foi declarada<sup>26</sup>. Relevou-se já, mais, como a tradição dos países de *common law* conhecidos, de fato, no momento da decisão judicial o ato da definição concreta da norma, e nela do direito; certamente a capacidade do juiz de colocar-se em última instância como aquele que, na multiplicidade das dimensões do jurídico, legais e extralegais, sabe reconhecer o critério de solução do caso submetido ao seu julgamento, depende restritamente da homogeneidade do tecido social do qual o próprio juiz é manifesto, pela relação do único órgão julgador (e finalmente da própria magistratura no seu conjunto) com a disposição ideológica da inteira sociedade. Na realidade, a idéia de um sujeito que, em modo variado, saiba sintetizar em si mesmo, a inteira gama das concepções e dos sentimentos mais profundos de uma coletividade, une-se intimamente à dimensão comunitária da própria coletividade, e desliza rapidamente na conotação carismática do intérprete, especificamente si ele se coloca igualmente como chefe, no sentido weberiano do termo. Assim, por exemplo, o *Führerprinzip* existente no regime hitleriano constituía uma extrema acepção do papel carismático - em certos ângulos, místico - do intérprete dos sentimentos coletivos, também no plano da produção e da aplicação do direito<sup>27</sup>. Em uma sociedade fortemente compósita, e no modelo pluralístico que deveria ser-lhe ex-

pressão institucional, o papel do intérprete não poderá de qualquer modo ser justificado baseando-se em presumidas capacidades sintéticas, nem, muito menos, com base no reconhecimento de competências e capacidade técnica tais que tornam efetivamente neutra a decisão no plano político. Toda opção, na realidade, constitui o fruto de um julgamento de valor onde a assunção da norma, ou mesmo de uma entre as possíveis interpretações dela, coloca-se freqüentemente como elemento de justificação racional, perante o auditório dos consociados, para a solução preferida, através da decisão, pelo sujeito julgador<sup>28</sup>; e isso não só com base nos processos de précompreensão bem evidenciados por Esser, mas igualmente segundo um mais consciente e instrumental mecanismo de persuasão finalizado na obtenção dos fins (ou seja, fins-valores) essencialmente próprios do grupo ideológico e de interesses cujo decisor pertença<sup>29</sup>.

Em tal perspectiva, conseqüentemente, no raciocínio argumentativo com o qual, durante a motivação, o próprio sujeito entende tornar aceitável a própria opção, não poderá ser conferida, nem no sentido lógico, nem gnosiológico, nem muito menos ético, alguma valência verídica; a subjetividade da solução - e a responsabilidade interligada - deverão firmar-se, e o emprego dos espaços discricionais cujo, em maior ou menor medida, decisor pode recorrer, será exclusivamente ligada à sua idoneidade para se apresentar como aceitável em relação ao auditório (esfera que certamente não se exaure com os destinatários diretos da mesma decisão)<sup>30</sup>.

A interpretação da norma, e, principalmente, o grau de aderência ao dado textual da mesma, ou à originária intenção do legislador - em outros termos o uso concreto do dever ser jurídico na fase mais avançada da sua positivação - é, portanto,

nesse âmbito, um meio eminente, mas não exclusivo, para perseguição do objetivo da legitimação final da escolha; legitimidade e legalidade, nas suas diversas formas, são, pois, elementos da ação, traços fortes (e até necessários), mas não decisivos para o efeito conclusivo, ou seja, para a assimilação dos deveres sistêmicos gerais do sujeito “decidente”. Isso dependerá, substancialmente, do grau de integração que o subsistema jurídico, na sua dimensão inter-sistêmica de *medium*, é capaz de alcançar em um determinado contexto histórico: o conjunto dos conteúdos e das formas das decisões singulares constitui nesse meio tempo pressuposto e momento de averiguação de tal capacidade<sup>31</sup>.

Aliás, a legitimação de todo o sistema jurídico fundamenta-se na perseguição do fim-valor da justiça: esse deve ser entendido, todavia, não somente como absolutamente mutável, mas igualmente, em uma sociedade complexa, como compósito nos conteúdos, e, portanto, tendencialmente antinômico seja em relação ao princípio de igualdade, seja em relação àquele de certeza. Em outros termos, seja o critério distributivo, seja aquele comutativo encontram, quando vão além da mera acepção abstrata e formal observada por Perelman. Um obstáculo aplicativo dificilmente superável quando se entenda o operar do juiz (mas antes ainda do legislador, que inicia o processo de positivação através de uma interpretação do real) como simples aplicação de esquemas silogísticos, e, sobretudo, como aquisição de opções axiológicas objetivadas e estáveis.

A multiplicidade das “esferas de justiça” evidenciada por Walzer<sup>32</sup>, e a necessidade de tutela de cada uma delas no momento pluralístico, permitem, contudo, que toda a escolha deva, no possível, ser alterada pelo sujeito público um segundo um tendencial fim integrativo, preferindo,

pois, entre as várias possíveis, aquela opção que permita o máximo de satisfação da *pluralidade* dos interesses em jogo. Em outros termos, salvos os casos liminares onde não se possa satisfazer nenhuma das partes (ou melhor, das suas instâncias objetivas e das suas concepções) sem com isso excluir completamente as outras, deverá ser dever precípua do sujeito decidente (cada vez, e com formas e efeitos bem diferentes, legislador, Corte constitucional, juízes) tentar descobrir e satisfazer não a vontade preponderante - ou seja, a ideologia dominante - no contexto social onde operam, mas a linha de equilíbrio excelente para alcançar uma *decisão integrativa*, uma escolha que comporte, pois, o máximo um de satisfação obtível para alguns com o mínimo prejuízo para todos os outros, segundo um critério eminentemente utilitário.

Nessa perspectiva, o princípio de certeza não pode operar como instrumento de absoluta previsibilidade das decisões, já que essas deverão estar atentas a um contexto mutável, onde os parâmetros concretos da aceitabilidade serão cada vez avaliados pelo decisor, que, por conseguinte, se moverá dentro dos espaços a sua disposição visando, essencialmente, o objetivo da legitimação final da escolha, seja perante o auditório, seja, ao mesmo tempo, em relação aos elementos concorrentes endógenos e exógenos, como as próprias convicções, o grupo de interesses ao qual está ligado, o código de comportamento ao qual quer ou deve fazer referência no quadro dos próprios sistemas de contato. Isso acontecerá tanto para manter viva a motivação da participação nos mecanismos institucionais por parte dos sujeitos envolvidos, no sentido já mencionado pelo qual um *quid* de incerteza é necessário para evitar a rejeição do procedimento e a incontrolada fuga dos mecanismos de assimilação das frustrações com relação aos modelos extra-institucionais,

seja para realizar, vez ou outra, aquela flexibilidade que se torna hoje indispensável para o total sistema jurídico nas sociedades modeladas pelo pluralismo.

Dessa perspectiva, também o terceiro critério individuado por Guastini, relativa à estabilidade da jurisprudência, deve ser interpretado com cautela, já que parece um tanto difícil conjugar as exigências de adequação dos critérios de justiça do caso individual com a mutação do contexto social sem permitir – e, ao contrário, às vezes impor – aos juízes uma correspondente mudança de orientação. Por um lado retornam aqui as velhas disputas sobre a periculosidade da colocação da escola do direito livre de Jhering, Kirchmann, Heck e Kantorowicz, e sobre os riscos de uma involução neojurisdutalista cujo excesso de antiformalismos e colocação própria da *Interessenjurisprudenz* conduzem<sup>33</sup>, ainda além das intenções dos seus defensores: por outro, deve-se mencionar um dos perfis mais profundos implicados pelo mesmo princípio de certeza, ou seja, a relação entre a estabilidade e mutação, entre estática e dinâmica do ordenamento.

### **5. Estabilidade e mutação como problema dos ordenamentos jurídicos. Princípio de certeza e certeza dos princípios**

O princípio de certeza coloca-se assim, mesmo no sentido metajurídico, como expressão de aspiração à estabilidade e à segurança, tanto no plano material (segurança do modo organizado do viver civil), quanto naquele psicológico (segurança das relações humanas, na sua dimensão intersubjetiva e temporal); exigência tão mais percebida quanto mais a realidade, como acontece na pós-modernidade, inclina-se, ao contrário, a evitar todo controle, em uma contínua metamorfose que impede qualquer controle efetivo e qualquer previsibilidade concreta<sup>34</sup>.

Perante isso, o sistema jurídico, e nele a multiplicidade dos ordenamentos, que se colocam como expressão positiva do *Sollen*, não pode, todavia, tornar-se absolutamente rígido: evidentemente isso lhe impediria qualquer concreta função sistêmica, colocando-o na condição de uma substancial inutilidade. O tema da pesquisa, cada vez mais árdua, de um equilíbrio entre estabilidade e mutação está hoje constantemente presente para os estudiosos, que com soluções muito variadas pretendem enfrentar o problema provavelmente insolúvel do ponto de vista de princípio: a renovada discussão sobre os tradicionais temas da rigidez das cartas constitucionais e sobre os limites do poder de revisão, ou aquela sobre o perfil interligado dos vínculos do futuro legislador espelham um transtorno profundo do jurista, que perdendo muitas das categorias habituais – e talvez a própria possibilidade de uma taxonomia – receia perder o próprio papel<sup>35</sup>. Não obstante, parece a todos evidente que os modelos dominantes do século XX, e em modo particular aquele do *Stufenbau* de Merkl e de Kelsen, são hoje totalmente insuficientes para compreender a evolução real dos ordenamentos: as concepções gradualísticas e monísticas são nesse momento incapazes de justificar a proliferação dos ordenamentos, a intersecção cada vez mais problemática e complexa dos mesmos, e a multiplicação das fontes internas, que são, contudo, uma consequência direta da integração supranacional por um lado e do pluralismo institucional do outro<sup>36</sup>.

Aliás, é igualmente claro que tal crescente complexidade não pode ser facilmente estigmatizada como uma patologia do sistema; assumidos certos pressupostos políticos e econômicos, antes mesmo que jurídicos, ela é mais a lógica, e antes tradução obrigatória, em termos jurídicos, da complicação do tecido social para as quais

exigências o ordenamento deve responder. Pelo que concerne ao nosso tema, todavia, já se observou como a necessidade de codificação, de definição das regras jurídicas tanto, pelo menos tendencialmente, diretamente proporcional à heterogeneidade das instâncias presentes; em outros termos, o direito, compreendido como conjunto de normas de comportamento claras e inadiáveis, afirma-se como indispensável quando, junto à multiplicação dos sujeitos e das ideologias que os animam, acrescenta-se a probabilidade do conflito, que deve ser prevenido, e eventualmente reprimido, pelo próprio direito.

O princípio de certeza assim se orienta, e é constatação comum, antes de tudo ao fim-valor da segurança apreendida como paz social, como ordem pública material construída na confiabilidade das relações jurídicas, em todo nível<sup>37</sup>. E, todavia, é justamente nessa perspectiva que ele se revela como algo diferente da previsibilidade concreta das decisões: se o fim funcional do ordenamento, e dos princípios que o modelam, deve ser aquele acima mencionado, é evidente que, em um contexto bastante complexo, dificilmente uma certeza entendida como previsibilidade seria realmente idônea para desenvolver o próprio papel teleológico; como já se advertiu, uma hipotética previsibilidade absoluta seria antes a antítese da capacidade de integração dos interesses por parte dos sujeitos que decidem, e se colocaria conseqüentemente como obstáculo, em uma visão mais ampla, à realização dos fins do ordenamento. Assim, do ponto de vista do legislador (ordinário ou constitucional), a necessidade de redução dos espaços ocupados pela normalização, origina-se da oportunidade de aumentar o âmbito de discricionariedade, confiado aos outros sujeitos (administradores e juízes), tornando então realmente *mais incerta* nos conte-

údos a simples decisão desses, e circunscrevendo a importância e a aplicação dos princípios em questão à *certeza dos princípios*, determinados de forma instrumental pelo legislador em relação à obtenção dos fins-valores do próprio ordenamento, e antes de tudo daquele da segurança. Isso naturalmente implica em um preço a ser pago pelo cidadão, pelo qual se reduz fortemente a possibilidade de previsão dos efeitos de um determinado comportamento, dele ou alheio; tal perda de específica certeza deveria, porém, ser compensada por uma maior garantia geral de respeito e atuação dos cânones fundamentais do ordenamento, e especificamente para evitar conflitos sociais que atormentem, enfim, o conjunto dos direitos fundamentais interligados à existência do modelo democrático<sup>38</sup>.

Nessa perspectiva, deve ser relida, além da idéia da compatibilidade sistemática entre as normas entendida no sentido hierárquico e sincrônico, (*consistency*), também a idéia da *coherence*, a qual se conecte diacronicamente, entre outro, o princípio de confiança do cidadão nos confrontos do legislador e a possibilidade do vínculo ao futuro legislador<sup>39</sup>. Mesmo aqui não se pode admitir tal princípio como absoluto, a menos que não lhe seja conferida uma ampla importância: além das óbvias considerações sobre a dimensão diacrônica da sucessão de vontade dos órgãos representativos, e da íntima conexão entre essa e o processo de integração política, um vínculo desse tipo, implícito ou explícito, deve ser considerada, de qualquer forma, subordinado à avaliação, efetuada pelo legislador atual, relativamente à idoneidade contingente do princípio, tratando-se da obtenção dos fins acima citados; enquanto se reconhece que uma drástica mutação de orientações seja funcionalmente mais profícua para tal objetivo, uma correta ponderação dos custos e dos bene-

fícios da escolha poderia legitimamente induzir o legislador a estatuir, também em vivo contraste com tudo que foi exposto em um passado recente, colocando-se, se for o caso, somente o problema da tutela dos direitos procurados e da estabilidade das relações exauridas<sup>40</sup>. Também por esses últimos, no entanto, as exceções não faltam, já no ordenamento italiano vigente (pensando-se ao disposto do último parágrafo do artigo 30 da lei n. 87/53 acerca dos efeitos das sentenças de aprovação da Corte constitucional sobre as sentenças penais de condenação tornadas irrevogáveis, ou aquela do artigo 2, parágrafo 2 do código penal), e são a prova do fato que, quando existam exigências concorrentes de tutela consideradas predominantes pelo legislador (naquele caso da tutela da liberdade pessoal e o princípio do *favor rei*), o mesmo cânone de certeza, entendido aqui como imodificabilidade das relações exauridas, pode e deve ser superado.

## **6. Incerteza integrativa e “direito dúctil”: mais uma vez para um direito por princípios?**

Por tudo que foi dito, deveria, conseqüentemente, entender-se o princípio de certeza como instrumento, dirigido à obtenção do fim-valor da segurança, e em tendencial contraste com aquele, de definição assaz árdua, da justiça. É para ser ressaltado, entretanto, que tal relação de conflitos atenua-se, quando da certeza seja adotada uma versão frágil que poderia aqui ser alterada em uma “incerteza integrativa”, onde a dimensão política da pluralidade assume valência muito maior de quanto aconteça na acepção mais tradicional do princípio. Apesar de tudo, as afirmações desenvolvidas impõem algumas especificações posteriores, mesmo para reassumir o discurso até aqui conduzido. Nos modelos democráticos cabe ao legis-

lador (constitucional e ordinário), desde que sujeito dotado de representatividade, uma determinação consistente dos fins-valores cujo ordenamento deverá ser orientado. No âmbito dos conteúdos possíveis, todavia, tal ordenamento deverá ser colocado em aptidão para desenvolver as suas funções sistêmicas elementares: assim, tutela da segurança social e aspiração a um objetivo de justiça formal constituem dois elementos fundamentais, antes de tudo um no plano da legitimação. Todavia, a obtenção de tais fins, na complexa sociedade, e na dimensão pós-moderna, não passa pelos caminhos tradicionais: certeza do direito e perspicácia da lei, compreendidas na acepção comum, são agora caracteres não só tendenciais (o que sempre ocorreu), mas igualmente, em determinadas situações, contraproducentes para obter a realização do fim de assimilação dos conflitos; por isso, é necessária talvez uma forma de indeterminação controlada, de incerteza programada que permita modular toda decisão sobre a situação contingente, que se apresenta em constante mutação, sem ter de recorrer a uma contínua e impraticável modificação formal do direito vigente.

Isso comporta uma redução da intervenção legislativa, em todo o nível; uma legislação que opere essencialmente por princípios uma deslegiferação e uma simplificação que confiem à execução e à interpretação de maneira aplicativa a definição das soluções específicas, aparecem comumente como a única via para evitar a paralisia funcional do total sistema<sup>41</sup>. E, todavia, para tal redução quantitativa deverá corresponder, justamente pela razão da heterogeneidade das instâncias e da complexidade da sociedade plural, uma maior rigidez e perspicácia dos próprios princípios, postos em íntima relação instrumental com os fins-valores dos quais já falamos. Aqui somente se pode - e deve-

se - recuperar uma concepção gradualística das fontes: reservando para a lei (constitucional e ordinária) a única determinação das normas de escopo (as opções de valor) e de princípio (as opções instrumentais, primárias), segundo um critério de coerência (congruência) tradicionalmente entendido, qualquer outra fonte normativa, qualquer outra modalidade negociada de solução dos conflitos, no quadro de uma disciplina vinculante para o sujeitos que, de maneira procedimental e participativa, tenham contribuído para a composição dos interesses em jogo (segundo um modelo já em plena expansão: pensando-se na contratação coletiva no emprego público), será por si mesma avaliada segundo um cânone teleológico e funcional, e para aceitar onde quer que demonstre a sua idoneidade sistêmica<sup>42</sup>.

Em outros termos, o vínculo, amolecido para baixo, fortalece -se para o alto; a escolha dos fins-valores e dos relativos princípios instrumentais não pode ser que definida pelos órgãos representativos, junto aos quais somente pode ser concluído (pelo menos teoricamente) o processo inicial dá pré-interpretação integrativa que conduz à formulação da norma: daqui para frente, as adequações contingentes, desenvolvidas dentro de espaços consistentes liberados pelas normas de escopo ou de princípio, deverá acontecer por obra dos outros sujeitos que decidem do sistema, no quadro de atividades programadas (discricionárias) que somente em casos totalmente específicos (por exemplo, pelo que se refere ao papel dos juízes constitucionais) podem assumir legitimidade de reprogramação<sup>43</sup>.

Para tais sujeitos, todavia, não poderá pertencer uma função *law finding* nos confrontos dos princípios: nesse sentido a diferença entre o modelo tradicional de *common law* e aquele da superioridade do direito escrito deve permanecer clara (e talvez seria desejável uma aproxima-

ção ainda mais clara do primeiro do que o segundo). A redução da intervenção legislativa deverá ser compensada, no grau mencionado, na maior clareza possível: a certeza, drasticamente reduzida no plano da aplicação individual, deverá ser no máximo possível recuperada na dimensão teleológica, que fica de qualquer modo heterônoma e inadiável em relação aos órgãos de execução e da aplicação. A certeza torna-se então relativa à previsibilidade dos *fins* obtidos e dos *princípios* para isso utilizados, não dos *conteúdos* específicos da simples decisão, que somente no sentido probabilístico serão prefiguráveis pelas partes em jogo, como efeito possível das avaliações subjetivas do decisor, por um lado em relação às próprias capacidades de preconcebimento, e pelo outro em relação aos vínculos teleológicos a eles impostos pelo ordenamento.

Nesse sentido, a concepção aqui sustentada, distancia-se tanto da famosa visão de Ronald Dworkin, seja, mesmo que em menor medida, pela mais prudente concepção do “direito dúctil” afirmado na Itália por Gustavo Zagrebelsky, no quadro de uma democracia “crítica”<sup>44</sup>: da primeira, porque o papel que a ela é confiado ao juiz em base da distinção entre *rules* e *principles* (e de inspiração da *right thesis*) não pode que conduzir a efeitos de tipo neo-jurisnaturalístico, absolutamente incompatíveis com a dimensão pluralística, a despeito de quanto o autor americano demonstra considerar<sup>45</sup>; da segunda, porque um jogo de equilíbrio entre os princípios, legitimamente operado pelo legislador parlamentar, ou eventualmente pela obra de nomopoiese concorrente confiada ao juiz constitucional, deixa mais perplexos onde quer que seja remetido por qualquer intérprete<sup>46</sup>.

Ainda, a idéia de certeza impõe ao legislador, constitucional e ordinário, a

determinação de princípios, definido, no máximo possível, de forma expressa, com a devida atenção, vigiando a homogeneidade e a coerência, e evitando a sobreposição; é verdade que aqui também deverá vigiar o problema da ambigüidade compreendido como compromisso integrativo, mas essa se obtém com um prudente uso dos conceitos indeterminados nos enunciados sintéticos, e não com uma incontrolada multiplicação das normas de princípio<sup>47</sup>.

Além disso, é igualmente óbvio que tal definição de princípios (e ainda mais de escopos, ou de fins-valores) deveria antes de tudo ser traduzido em normas constitucionais, através de adequados e transparentes procedimentos de revisão: se a situação concreta impede de fato reformas completas para Constituição italiana, é igualmente verdade que intervenções pontuais e circunscritas podem de qualquer modo contribuir para um progressivo esclarecimento da disposição do ordenamento (embora, pois, modificações como aquela operada no artigo 111 da Carta sejam o retorcido e confuso produto de mediocres compromissos, ao contrário de reais sínteses integrativas)<sup>48</sup>.

No plano da legislação ordinária, além dessa individualização dos princípios, deveria ser desenvolvida segundo critérios de equilíbrio, dirigidos obviamente à atuação dos fins constitucionais, mas também para a busca da harmonia entre generalidade e integratividade que permita aos outros sujeitos que intervirão no processo de positividade de encontrar, ao mesmo tempo, uma orientação para a própria decisão no plano teleológico, e um espaço consistente para a adequação da simples decisão à realidade concreta (o caso) com a qual se deparam.

Em outros termos, a cadeia valores-fins / princípios-instrumentos, desenvolvida, sobretudo, - raciocinando em termos

assaz simplificativos - entre legislação constitucional e legislação ordinária (primária e concorrente, essa última cabendo ao juiz constitucional, e às vezes ao Governo), não se interrompe, mas procede na fase de execução e de aplicação, onde, todavia, será o complexo de valores e princípios a dirigir a ação dos simples operadores, segundo o modelo de adequação sistêmica: será, pois, “corrigida” (não no sentido lógico, mas teleológico) aquela decisão que demonstre o máximo de conseguibilidade dos fins em relação aos meios escolhidos, operando uma re-composição dos interesses em jogo que reflete, na maior medida possível, o modelo de composição que, de modo preliminar e geral, foi colocada à disposição pela legislação através da seleção, operada com método discursivo, dos fins e dos princípios<sup>49</sup>. Enquanto entre os primeiros exista aquele da integração pluralística, e da conexão tutela das minorias e das diferenças, a decisão mais oportuna (que somente nesse sentido é a mais “adequada”, do ponto de vista político e sistêmico) será, como foi dito, aquela que se inclina a obter o máximo de satisfação de uma das partes em conflito com o menor dano possível para cada uma das outras; isso, no modelo da sociedade complexa, pode ser considerado um cânone de certeza relativo aos princípios, e através desses, aos fins-valores do ordenamento pluralista: se conduzido além, ou seja, nos conteúdos das decisões, para torná-las previsíveis sob tal aspecto, um tal princípio pode ser colocado em contraste com o fim-valor da integração.

## **7. Certeza e confiança: a *coherence* como limite para a *nomopoeise*?**

O último ponto a ser analisado, mesmo nas dimensões permitidas nesse breve estudo, é aquele da dimensão diacrônica da positividade, especificamente compreendi-

da na fase da normalização, nos diversos planos do ordenamento. Já se falou como um dos aspectos próprios da certeza na acepção predominante seja aquele da segurança das relações “em virtude de uma presumível estabilidade da regulamentação, o *coherence* entre normativas subseqüentes no tempo”, isso, no entanto, especifica que tal homogeneidade deve referir-se essencialmente no tocante aos parâmetros essenciais de uma determinada cultura jurídica, ou seja, na manutenção das opções axiológicas fundamentais de um certo sistema<sup>50</sup>.

E efetivamente, somente nesse limitado significado, poderia ser compartilhada uma tal acepção do princípio examinado, embora, pois, ainda tal característica possa ser preservada somente em referência a breves períodos, já que as transformações sociais, nesse momento vertiginosas e radicais, impedem qualquer estabilidade real, não só porque exige mutações inerentes à disciplina material de simples fenômenos, mas mais ainda porque impõem, cada vez mais freqüentemente, uma mudança de perspectivas, também - e principalmente - do ponto de vista dos juízos (ou pré-juízos) de valor. E essa consideração conduz ao problema mais delicado, que aqui será apenas apontado: a decisão relativa à execução ou à aplicação de uma norma coloca-se como escolha e aplicação de princípios instrumentais, por parte antes do legislador e dos outros órgãos decisivos, pois; desde que o primeiro, na posição de legislador constitucional, intervenha, segundo o quanto não só é possível, mas às vezes necessário, para modificar os mesmos fins-valores, pelos quais deve o ordenamento se orientar, isso permitirá uma contemporânea transformação dos parâmetros teleológicos cujas sucessivas decisões deverão ser informadas, e conseqüentemente uma inevitável violação daquela idéia de *cohe-*

*rence* que se rememorou, especialmente se essa é compreendida no mais correto sentido restritivo. Na realidade, esconde-se aqui um erro de perspectiva; não é a certeza que pressupõe a *coherence*, mas antes o contrário: existe substancial estabilidade de regulamentação, no sentido diacrônico, enquanto exista substancial estabilidade das opções axiológicas e teológicas do ordenamento, ou enquanto (já) exista certeza (e estabilidade) dos fins-valores nos quais esse se modela.

E por outro lado, a mesma função integrativa e medianeira do direito impõe que aquele tipo de adequação já individualizado como necessária no plano da execução e aplicação, torne-se ainda mais evidente sobre aquele da normalização, quando seguramente não poderá mais operar na cadeia valores-fins / princípios-instrumentos, intervindo, portanto, precisamente sobre aquelas características da cultura jurídica que, dados freqüentemente como deduzidos em determinados âmbitos culturais, não o são absolutamente, nem no plano atual (já que, por exemplo, escolhas, como as relativas à pena capital, são diferenciadas de modo abissal, a moderna experiência jurídica européia daquela americana, também por alguns ângulos afins à primeira desde que fruto da sociedade tecnologicamente evoluída e historicamente dela originada), nem muito menos sobre aquele das perspectivas futuras (enquanto é totalmente ilusória a previsão e em qual medida alguns valores se sustentarão firmes perante a sociedade em contínua transformação)<sup>51</sup>.

Sob essa perspectiva, portanto, a mudança axiológica devido ao contínuo desenvolvimento da evolução social não pode não se traduzir até em uma rápida modificação do ordenamento: nesse sentido, contudo, deve ser reconhecido que o âmbito de certeza, entendido como necessário, reduz-se posteriormente. Da certeza

dos princípios, passa-se, tendencialmente, à certeza da *função* sistêmica do *medium* jurídico, ou seja, do dever ser teleológico do total subsistema constituído pelo direito; nessa dimensão será, portanto, assegurada somente a idoneidade total do ordenamento à obtenção contingente dos fins-valores ontologicamente necessários ao subsistema, ou seja, como já citado, a assimilação dos conflitos e a manutenção de uma ordem material que garanta a sobrevivência da coletividade em conexão com um fim (relativo e contingente) de justiça, utilizado em função legitimadora<sup>52</sup>.

Além desse limite, a evolução transforma-se em revolução, e qualquer critério de certeza torna-se absolutamente incongruente; enquanto a revisão das opções fundamentais seja efetuada através de meios extrajurídicos (e não somente extralegais), o mesmo princípio de certeza, que - se repete - *pressupõe* as escolhas de valor, em relação às quais opera como instrumento de garantia, não pode ser em nenhum modo descoberto, até que as novas opções não se tenham estabilizado, também e, sobretudo, com base de um mínimo de efetividade.

Superam-se nesse modo, e nem poderia ser diferente em uma sociedade proteriforme como a atual, muitas das habituais considerações dos juristas em relação à função das constituições: essas não podem mais ser entendidas como garantia de estabilidade, no sentido tradicional, mas devem ser modelo da mutação, direção da transição, no conhecimento do fato que a própria transição, com paradoxo somente aparente, da condição provisória (como talvez nunca tenha sido) tornou-se agora permanente<sup>53</sup>.

A metamorfose social não pode de qualquer maneira ser impedida, e função precípua do modelo constitucional, que encontra nas normas sobre a revisão das

constituições rígidas o seu paradigma mais sofisticado, é aquele assistir e orientar a mutação, sobretudo, no plano do procedimento, garantindo as próprias opções axiológicas mediante a escolha de mecanismos adequados: assim, no modelo democrático pluralista, discursividade, abertura e participação deverão garantir a presença da totalidade das instâncias, atuais e potenciais, no processo evolutivo<sup>54</sup>.

## **8. Incerteza sistêmica e multiplicação das fontes: uma falsa perspectiva**

Por tudo que aqui foi dito, parece evidente que as considerações normalmente desenvolvidas pelos constitucionalistas em relação às fontes normativas devam ser, em boa parte, revistas: perante a já completa constatação da fragmentação dos modelos gradualísticos, da insuficiência evidente dos instrumentos de classificação derivados da colocação de Merkel e de Kelsen, o comportamento mais profícuo parece ser aquele da aceitação dos módulos negociados, e de uma correlativa redução dos espaços confiados à normalização institucional.

Permanecendo a salvo, em outras palavras, uma distinção elementar entre normalização constitucional primária e secundária, baseando-se em um critério hierárquico cada vez mais combinado com aquele - derivado - de competência<sup>55</sup>, é evidente que, no plano dos âmbitos materiais, a amplitude cada vez maior ocupada por aquelas fontes que em outro momento teriam de ser definidas "atípicas", e que são a normal variação tipológica de um modelo teleológico, que se sintetiza não tanto na forma ou na respondência a modelos pré-ordenados, quanto na sua idoneidade funcional à obtenção de um fim-valor, mediante a atuação de princípios, comporta uma revisão substancial do próprio conceito de fonte normativa<sup>56</sup>.

Não é possível aqui, obviamente, analisar um problema tão árduo, mas é evidente que, em um sistema aberto, onde o processo de positivação do direito, compreendido acima de tudo como expressão funcional de uma sociedade complexa e de um paradigma pluralístico, uma rígida predeterminação de tudo o que esteja habilitado a produzir direito válido é cada vez mais improvável. A “norma de reconhecimento”, que o próprio Hart põe, entretanto, em estreita relação com uma “norma de mutação”<sup>57</sup>, identifica-se cada vez menos velozmente nos ordenamentos modernos, não só pela pressão operada pela quantidade de relações que são de fato reguladas pelos sistemas normativos externos (outros ordenamentos, acordos de negócios não formalizados, regras de comportamento próprias de grupos sociais, e assim por diante), mas para as mesmas mudanças internas que, de tempos em tempos, e de formas nem sempre homogêneas, a definição de novas modalidades de normalização introduz no processo nomopoiético e nos atos nomotéticos. A incerteza do direito torna-se extrínseca, portanto, em uma multiplicidade de planos: por um lado, a modalidade de produção das normas, ou seja, a existência e a combinação em sistema das simples fontes normativas, atos ou fatos que sejam, mostrando-se em constante transformação, e é esse um produto necessário - não patológico, mas fisiológico - do pluralismo<sup>58</sup>; por outro lado, a obra hermenêutica dos intérpretes na sociedade aberta introduz novamente e incessantemente elementos de variação, cuja amplitude poderá ser somente em parte moderada por fatores semânticos derivantes do texto, que deverá ainda ser - até que possível - corroborada por referência teleológica externa, cujo juízo de valor subentendido ao ato decisório deverá finalmente ser comensurado<sup>59</sup>.

O objetivo classificatório que ainda agora anima grande parte da doutrina, e

que permanece de fato ancorado aos tradicionais esquemas gradualísticos deveria ser, portanto, drasticamente revisto: antes de recorrer à definição de categorias continuamente *in fieri*, perseguindo uma estabilidade totalmente ilusória por que antifuncional, a acribia dos estudiosos deveria ser orientada para o exame sistêmico dos novos modos da normalização, avaliando-lhe, pois, a idoneidade potencial à assimilação dos deveres primários do sistema jurídico, e nele do ordenamento, naquele determinado contexto. Em relação a eles, o *modo* da positivação assume importância muito maior do *lugar*: nesse sentido, a definição de procedimentos deverá ser concentrada, ainda mais na predeterminação de exclusivas autoridades normativas, na posição daqueles princípios - abertura, participação, discursividade, inclusão - que, mantendo a mais ampla liberdade e formas da iniciativa, sejam finalmente capazes de garantir (ou pelo menos de obter com eficácia) o fim da composição dos interesses em jogo e a conseqüente assimilação das frustrações e dos conflitos sociais<sup>60</sup>.

Daqui, a coerente expansão da regulamentação negociada, nos diversos níveis, mas também a maior presença de uma legislação de princípio, a qual deve corresponder, em base atuadora, uma conspícua presença da intervenção da normalização do executivo e, principalmente, da autonomia da negociação privada.

Uma última consideração deve ser feita acerca do perfil da atuação dos direitos de liberdade: aqui parece totalmente evidente que, na sociedade multicultural, a posição de regras de convivência deve ser tão rigorosa no plano qualitativo, quanto reduzido no plano quantitativo<sup>61</sup>; um poder público - local, estatal, ou supranacional - que se invista de papéis paternalísticos, invadindo esferas que se atenham essencialmente na escolha individual, com base

na defesa de presumíveis interesses públicos (e que freqüentemente encobrem ainda mais prosaicos interesses de grupos econômicos ou políticos bem individuáveis), retira o seu papel de responsável de todas as instâncias, e termina por funcionalizar as próprias liberdades, privando-as de grande parte do seu efetivo conteúdo (pensando-se, em um pequeno, mas significativo exemplo, algumas imposições, do capacete para os motociclistas ao uso obrigatório do cinto de segurança, justificadas em matéria de saúde pública em base de considerações de políticas e de despesa sanitária; assim um direito individual está se transformando em um dever ou mais precisamente em uma obrigação, freqüentemente em vantagem da grande indústria, aos quais interesses os órgãos normativos comunitários oferecem cada vez maior atenção). Aqui se coloca, conseqüentemente, um dos problemas cuja conclusão desse breve estudo deve dirigir seu olhar: obviamente, em uma concepção funcionalística, como aquela aqui descrita em relação ao papel global do sistema jurídico, o risco que a dimensão teleológica, compreendida como critério avaliador do agir jurídico acabe por revolver o núcleo das liberdades individuais, que representam sempre o sustento do constitucionalismo moderno, não é descartável<sup>62</sup>.

Não obstante, também na consciência que a existência e a vontade de tutela de tal núcleo são a expressão direta e historicamente definida de um modelo cultural, etnocentricamente definido entre muitos possíveis concorrentes<sup>63</sup>, até que esse será colocado entre os caracteres essenciais do ordenamento dos países ocidentais, e conectado aos fins-valores de justiça e igualdade neles recolhidos, os quais se correspondem da mesma forma que as mesmas opções relativas ao modelo democrático e pluralista, é evidente que a garantia do núcleo em questão, deverá ser considera-

da um dos parâmetros teológicos primários dos quais comensurar toda avaliação política e sistêmica. Em outros termos, a funcionalização deverá sempre - até o momento em que tais valores não serão mutáveis - ser concebida no sentido exclusivo de uma orientação teleológica em que, na dialética entre liberdade e autoridade, seja de qualquer forma a primeira a prevalecer, e toda escolha seja considerada oportuna e sistemicamente aceitável somente enquanto, como já foi dito, obtenha resultados apreciáveis no plano da eficiência não sacrificando (ou mesmo sacrificando minimamente possível) os espaços reconhecidos e garantidos aos indivíduos e à sociedade civil.

Naturalmente, deve se levar em conta o fato que, no contexto atual, os ataques mais insidiosos contra a liberdade dos indivíduos provêm, mais que dos aparatos públicos, da própria expansão das grandes concentrações oligopolistas que, quase em todo o setor econômico, gerem agora o mercado: perante tudo isso, o papel do poder público, e da positivação que o mecanismo das fontes normativas, mesmo assim transformado, mantém, não pode ser o de uma passiva e insensata abdicação, justificadas por um liberismo tão radical quanto hipócrita, mas até aquele de uma positiva e concreta obra de compensação, a tutela dos interesses dos grupos mais frágeis, em uma renovada acepção dos tradicionais módulos do estado social e, principalmente por uma substancial e vital defesa da soberania das instituições democráticas<sup>64</sup>.

Aqui se pode, portanto, recuperar, finalmente, o sentido restante do princípio de certeza: na integração social, na tutela dos direitos fundamentais que devem moldar em si toda democracia, e, sobretudo, na obtenção de um fim de justiça, que, mesmo na sua ontológica ambigüidade e indeterminação, deve encontrar ainda uma

sua harmonização com aquela igualdade substancial, distributivamente compreendida, que o segundo parágrafo do artigo 3 Const. impõe como dever essencial da República italiana. Toda outra aceção, daquela relativa à previsibilidade das decisões referidas ao conteúdo das mesmas, ou a estabilidade das instituições ou a *coherence* das decisões legislativas, não pode que ser avaliada em relação a esses fins-valores, e renunciada desde que constitua obstáculo para o seu alcance.

## NOTAS

<sup>1</sup>FLOPEZ de OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), de G.Astuti, Milão, Giuffrè, 1968, e de M.CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Milão, Giuffrè, 1979; acrescentando-se a essas notas as de C.LUZZATI, *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*, Milão, Giuffrè, 1999, e de E.DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Turim, Giappichelli, 1999. M.CORSALE, *Certezza del diritto. I) profili teorici*, em *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, Ist.enc.it., 1988, a A.PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) profili applicativi, ibidem*, e a L.GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. II, Turim, UTET, 1988, 274 ss.; um estudo mais específico é aquele de L.PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1988; mais recentemente, sobre o tema, também P.DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2347 ss., e ainda L.PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, em *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milão, Giuffrè, 1998, 705 ss.

<sup>2</sup>J.FRANK, *Law and the Modern Mind* (New York 1930, I ed. inglesa London 1949), Gloucester, Mass., 1970; a obra deu na Itália a um debate vivaz: a crítica, muito dura, de N.BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, em *Rivista*

*internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146 ss. Sobre o tema e sobre a obra de Jerome Frank (do qual se pode ver também em *Couros on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949), leia-se C.FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 89 ss., mas especificamente 92 ss.

<sup>3</sup>R.ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr.it. Milão, Giuffrè, 1998, spec.107 ss. e 141 ss.; com perspectiva diferente A.AARNIO, *Argumentation Theory and Beyond. Some Remarks on the Rationality of Legal Justification*, in *Rechtstheorie*, 14, 1983, 385 ss.; sobre o conceito de certeza definido por esse autor pode-se ler P.COMANDUCCI, *Aarnio ed il problema della certezza del diritto*, em *Analisi e diritto*, 1994, 111 ss.

<sup>4</sup>Z.BAUMAN, *La società dell'incertezza* (coleção de ensaios, 1999), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 2000, 99 ss.; do mesmo A. leia-se *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti* (1987), tr.it. Turim, Bollati Boringhieri, 1992, spec.13 ss. sobre o conceito de pós-modernidade. Sobre o tema também, por perfis diferentes, as considerações de G.PPRANDSTRALLER, *Relativismo e fondamentalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1996; J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), tr.it. Milão, Feltrinelli, 1981; J.HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni* (1985), tr.it. Roma-Bari, Laterza, 1987, I ed. BUL 1997; A.TOURAINE, *Critica della modernità* (1992), tr.it. Milão, Il Saggiatore, 1993 (I ed. EST 1997), e di R.RORTY, *Habermas e Lyotard sulla postmodernità* (1984), tr.it. in ID., *Scritti filosofici*, II, Roma-Bari, Laterza, 1993, 221 ss.

<sup>5</sup>F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Turim, Giappichelli, 1999, 245 ss.

<sup>6</sup>M.SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, em *Rassegna parlamentare*, 1997, 1034 ss.; também em M.AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2001; na função da incerteza das normas leia-se C.LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milão, Giuffrè, 1990, spec. 13 ss.

F.RIMOLI, *op.cit.*, 176 ss.; a concessão teológica dos valores está esclarecida por J.HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), tr.it. Milão, Guerini e associados, 1996, 302 ss.; uma crítica ao uso dos valores na jurisprudência constitucional do *Bundesverfassungsgericht* também em E.W.BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989), em ID., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (coleção de ensaios 1964-1990), II ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, 159 ss. O quesito sobre a natureza - de princípio ou de valor - da certeza do direito foi tratado também por R.GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, em *Le Regioni*, 1986, 1090 ss.

<sup>8</sup>BOBBIO, *op.cit.*, 150.

<sup>9</sup>ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), tr.it., Turim, Einaudi, 1965, I ed. PBE 1990, spec.62 ss.

<sup>10</sup>ALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), em F.LOPEZ de OÑATE, cit., 167 ss., a recensão do livro de Lopez, aparece compartilhada, mais simplificadas na sua linearidade: desenvolvida no âmbito processual, na relação entre direito subjetivo e teoria da ação, a tese de Calamandrei, para quem um conceito de ação no sentido abstrato acabaria por frustrar toda a efetiva realização do direito reconhecido como único, aparece incontestável.

<sup>11</sup>GIANFORMAGGIO, *Certeza*, cit., 275. M.CORSALE, em *Certeza del diritto*, cit., 1, distingue uma certeza no sentido subjetivo, entendido como “sólida convicção da verdade de uma afirmação”, e uma no sentido objetivo, como “atitude de uma afirmação para garantir a sua correspondência com um estado de coisas”; R.GUASTINI, *op.cit.*, 1094-95, distingue duas acepções lingüísticas da certeza, uma referida à “previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos da aplicação”, a outra pela “estabilidade das relações exauridas”. C.LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 252 ss., o conceito de certeza como previsibilidade, entendida como relativa, e coligando-se a essa uma idéia de certeza como controle das decisões, a certeza-controle acontece “quando é possível avaliar, preventivamente ou até em

um momento sucessivo, a conformidade das escolhas particulares de um critério geral pré-constituído” (*loc.cit.*, 274-275).

<sup>12</sup>N.LUHMANN, *Sociologia del diritto* (1972), tr.it. Roma-Bari, Laterza, 1977; as críticas movidas à concepção funcionalista de Luhmann. J.HABERMAS, *Diritto e morale (Tanner Lectures)* (1988), tr.it. em ID., *Morale, diritto, politica*, Turim, Einaudi, 1992, 5 ss., 45 ss.

<sup>13</sup>M.AINIS, *op.cit.*, 27 ss.; G.TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonha, Il Mulino, 1976 (1988), 67 ss. e 223 ss.; sobre a certeza como conhecimento e previsibilidade da lei, por outro lado, insistiam, em diferentes contextos e perspectivas, já Th.HOBBS, *Elementa philosophica de cive* (1646), XIII, 16-17, e XIV, 11-13 (tr.it. di T.Magri, Roma, Ed.riuniti, 1979, 202 ss. e 210 ss.) e *Leviathan* (1651), XXVI (tr.it. di G.Micheli, Florença, La Nuova Italia, 1987, 259 ss. 265 ss.), e, um século depois, Ch.L. de SECONDAT de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), liv. VI, cap.III. J.-J.ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), liv. II, 12, a lei mais importante é aquela “gravada no coração do cidadão”, que dá lugar “à verdadeira constituição do Estado”, e o juiz deve cobrir as lacunas do ordenamento na base da integridade e do bom senso (assim no cap. X delle *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, de 1770. F. CAPRA, *Il Tao della fisica* (1975)), Milão, Adelphi, 1980; é evidente que tal equação já foi superada também na perspectiva dos juristas, que estão conscientes da absoluta impossibilidade de obter uma total previsibilidade da decisão aplicativa através de uma melhor redação da norma dos diversos perfis técnicos, totalmente factíveis. M.AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 2015 ss., que cita a propósito a idéia das “funções latentes” do agir social do qual fala R.K.MERTON, *Teoria dell'agire sociale* (1968, I ed.1949), tr.it. Bolonha, Il Mulino, VIII ed. 1992, 188 ss.

<sup>14</sup>O.W.Holmes, para quem o direito é a “profecia de tudo que as Cortes farão de fato, e nada mais pretensioso”, moldada por um behaviorismo radical, segundo qual o direito não é aplicado em quanto valido, mas valido em quanto aplicado. J.Frank sintetiza com o registro psicoló-

gico, para quem o direito é válido se é aceito pela consciência popular, na teoria da validade de A.ROSS, *op.cit.*, 70-71. A concepção do juiz Holmes está exposta nas suas decisões e nos seus escritos, uma coletânea de ambos está em O.W.HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, obra de C.Geraci, Milão, Giuffrè, 1975, 255 ss., em particular, o ensaio *La via del diritto* [1897]: segundo “a gente quer saber em quais casos e até que ponto corre o risco de colidir-se com algo que é tão mais forte que ela (a força do Estado), de modo que se torna necessário estabelecer quando tal perigo existe. Objetivo do nosso estudo é então a predição, ou seja, da incidência da força pública através da atividade dos tribunais” (*loc.cit.*, 255). Sobre Holmes leia-se J.FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., 253 ss., para o qual as *opinions* e os escritos do juiz norte americano são “a treasury of adult consels, of balanced judgments as to the relation of the law to other social relations” (*loc.cit.*, 253). Sobre a concepção realista de G.TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonha, Il Mulino, 1974, 51 ss. e em *Il realismo giuridico americano*, Milão, Giuffrè, 1962; uma exposição sintética dos modelos de *common law* está em M.G.LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Turim, Einaudi, 1978, 132 ss.

<sup>15</sup>M.CORSALE, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., 15 ss. e 121 ss., e de C.LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 321 ss.

<sup>16</sup>F.CARNELUTTI, *op.cit.*, 201, que criticando Lopez afirma: “uma das chaves da justiça penal é o poder discrecional do juiz, entre o máximo e o mínimo e na aplicação da pena”; posto que nenhum crime e nenhum réu são iguais a nenhum outro; da mesma forma C.LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 369 ss.

<sup>17</sup>N.LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1969, II ed. 1975, rist.1983), obra de A. Febbrajo, Milão, Giuffrè, 1995, 112 ss. sobre o procedimento judiciário: “a função do procedimento consiste, portanto, no especificar a desilusão e na fragmentação e absorver os protestos. Motor do procedimento é a incerteza do êxito. É essa a força motriz do procedimento e o fator efetivamente legitimador. Durante o procedimento tal incerteza deve, portanto, ser salvaguardada e mantida com todo cuidado e

com os meios do cerimonial – por exemplo, mediante uma acentuada representação da independência e da imparcialidade do juiz, evitando prometer determinadas decisões e dissimulando aquelas que já foram tomadas”. Por outro lado, a legitimação mediante procedimento não leva, necessariamente, “a um consenso real, à harmonia comunitária das opiniões”, já que “em geral a função social de um mecanismo de solução dos conflitos deverá ser vista não na ativação de determinados processos psíquicos de aceitação, mas antes pela imunização do sistema contra tais processos” (*loc.cit.*, 115-116). Em outro plano, a factual indeterminação do êxito do processo é relevada e teorizada pelo movimento americano dos *Critical Legal Studies*, sobre os quais fala, R.M.UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.), 1986; no sentido crítico, A.ALTMAN, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990, mesmo J.HABERMAS, *op.cit.*, 51 ss.; ID., *Fatti e norme*, cit., 254 ss.; G.MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 2001, 177 ss.

<sup>18</sup>Ch. PERELMAN, *La giustizia* (1945), tr.it. Turim, Giappichelli, 1958. Por um quadro da complexa evolução das teorias da justiça e do estágio atual da reflexão sobre um perene problema filosófico, até o debate vastíssimo reaberto pela famosa obra de J.RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), tr.it. Milão, Feltrinelli, 1982. M.J.SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia* (1982), tr.it. Milão, Feltrinelli, 1994; M.WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), Milão, Feltrinelli, 1987; A.MacINTYRE, *Giustizia e razionalità* (1988), tr.it. Milão, Anabasi, 2 volumes, 1995; O.HOEFFE, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e deli Stato* (1987), Bolonha, Il Mulino, 1995; B.BARRY, *Teorie della giustizia* (1989), Milão, Il Saggiatore, 1996; uma síntese das diferentes tendências em O.HÖFFE, *Giustizia (teorie della)*, em *Enc. Novecento*, Roma, 1998, 854 ss.; H.KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), Turim, Einaudi, 1975, para o qual resultava especialmente problemática a compatibilidade entre o valor justiça e a ambicionada neutralidade da doutrina pura do direito (*Reine Rechtslehre*). Sobre a ligação entre cer-

teza e igualdade formal também C.LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 278 ss., para quem “a exigência de ‘certeza’ resulta ser a projeção em grau epistêmico do princípio que quer assegurar a igualdade entendida como justiça formal”.

<sup>19</sup>R.GUASTINI, *op.cit.*, 1096 ss.; sobre a estabilidade das relações exauridas como caracterizado pela certeza também C.LUZZATI, *op. ult. cit.*, 284 ss.; sobre diversos perfis inerentes à eficiência nos sistemas democráticos, o estudo de G.M.SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Turim, Giappichelli, 1999, spec. 19 ss. e 187 ss.

<sup>20</sup>M.AINIS, *La legge oscura*, cit., 17 ss.; G.M.SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, em *Raça. parl.*, 1997, 1034 ss.; sobre o *drafting*, C.D'ORTA-V.DI PORTO, *L'attività di drafting nel procedimento legislativo: strutture, regole, strumenti*, em *Rassegna parlamentare*, 1995, 79 ss.; R.DICKMAN, *Il drafting come metodo della normazione*, em AA.VV., *Il Parlamento nella transizione*, Quaderni di Rassegna parlamentare, Milão, Giuffrè, 1998, ss. Sobre o tema é muito útil a *Guida bibliografica al drafting legislativo*, de M.Ainis e R.Pagano, em M.AINIS, *Le parole e il tempo della legge* (coletânea de ensaios), Turim, Giappichelli, 1996, 235 ss. uma síntese dos problemas em N.BOBBI, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turim, Giappichelli, 1960; F.MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, em *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milão, Giuffrè, 1980, 680 ss.; ID., *Sistema giuridico*, em L.MENGONI - F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Turim, Giappichelli, 2003, 1 ss. Sobre o difícil tema das lacunas do ordenamento, A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turim, Giappichelli, 1962; ID., *Norma generale esclusiva*, em *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turim, UTET, 1964, 329; ID., *Norma generale negativa*, *ibidem*, 330. F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, em *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, I.E.I., 1988. C. LUZZATI, *op.ult.cit.*, 291, a certeza não é necessariamente incompatível com o dinamismo jurídico quando

é: “a) relativa, b) do direito no sentido restrito [scil. Usa como parâmetros modelos mais complexos de norma jurídica em relação à simples proposições normativas] e c) diacrônica”.

<sup>21</sup>*Giurisprudenza costituzionale*, 1988, I, 1504 ss.; L.PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge*, cit., 19 ss.

<sup>22</sup>M.CORSALE, *op. ult. cit.*, 127 ss., oferece interessantes pontos de reflexão.

<sup>23</sup>J.HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. I: Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale* (III ed., 1984), Bolonha, Il Mulino, 1986, 395 ss.

<sup>24</sup>C.ESPOSITO, em *Decreto-legge* (1962), em ID., *Diritto costituzionale vivente* (coletânea de ensaios de D.Nocilla), Milão, Giuffrè, 1992, 183 ss. 194 ss.

<sup>25</sup>M.AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, cit., 1996, 2015 ss.; sobre o Comitato, E.BERARDUCCI-R.ALESSE, *Comitato per la legislazione*, em *Enciclopedia giuridica*, Atualizações, VIII, Roma, I.E.I., 2000.

<sup>26</sup>H.KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 152 ss.; ID., *Teoria generale delle norme* (post., 1979) tr.it. Turim, Einaudi, 1990, 390 ss.; o pensamento de Kelsen, desde a primeira edição *Reine Rechtslehre*, evidencia sobre o tema traços diversos que são bem realçados por C.LUZZATI, *op.ult.cit.*, 298 ss.

<sup>27</sup>E.FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1974), tr.it. Turim, Einaudi, 1983, 21 ss. e 98 ss.; F.NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), Milão, B.Mondadori, 1999, 95 ss. M.WEBER, *Economia e società* (post., 1922), Milão, Ed. di Comunista, 1961, I ed. Paperbacks 1995, I, 238 ss.

<sup>28</sup>F.RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 135 ss.

<sup>29</sup>J.ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), tr.it. Nápoles, ESI, 1983, spec.60 ss. e 121 ss.; L.DE RUGGIERO, *Sul concetto di precomprensione*, em *Politica del diritto*, 1984, 577 ss.

<sup>30</sup>Ch.PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), tr.it. Milão 1981, 163 ss.; F.RIMOLI, *op.cit.*, 255 ss.; C.LUZZATI, *op.cit.*, 418 ss.; G.TARELLO, *Diritto, enunciati, usi* (coletânea de ensaios), Bolonha, Il Mulino, 1974, 425 ss.

- <sup>31</sup>J.HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 316 ss.
- <sup>32</sup>M.WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., *passim*; *Sulla tolleranza* (1997), Milão, Feltrinelli, 1998.
- <sup>33</sup>K.LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), tr.it. Milão, Giuffrè, 1966, 58 ss.; R.TREVES, *Sociologia del diritto*, Turim, Einaudi, 1993, 104 ss.; W.WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), tr.it. Milão, Giuffrè, 1974, spec. 97 ss.; R. von JHERING, *La lotta per il diritto* (1872), tr.it. em ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milão, Giuffrè, 1989, 1 ss.; J.KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), em J.KIRCHMANN-E.WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milão, Giuffrè, 1964, 4 ss.
- <sup>34</sup>Z.BAUMAN, *La società dell'incertezza*, cit., 55 ss.
- <sup>35</sup>J.BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide* (1884), tr.it. Milão, Giuffrè, 1998 e A.V.DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1908 (X ed. de E.C.S.WADE, 1962), o estudo profundo de A.PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, II ed., Pádua, CEDAM, 1996, idem F.RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, em *Giur. cost.*, 1992, 3712 ss.; A.PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli al futuro legislatore*, em *Scritti in memoria di V.Bachelet*, II, Milão, Giuffrè, 1987; mais recente P.CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, em *Dir.soc.*, 1998, 407 ss.; S.HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia* (1988), tr.it. in AA.VV., *Il futuro della costituzione*, cit., 166 ss.; ID. *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale* (1995), tr.it. Milão, Ed. di Comunità, 1998, spec. 192 ss.
- <sup>36</sup>A.RUGGERI, *Il sistema delle fonti tra vecchie esperienze e prospettive di riordino costituzionale*, em AA.VV., *La riforma della costituzione (Atti del convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma 6-7 novembre 1998)*, Pádua, CEDAM, 279 ss.; F.MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Turim, Giappichelli, 1999, e da A.RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, III ed. Turim, Giappichelli, 2001. Sobre os problemas relativos à evolução dinâmica no modelo gradualístico kelseniano C.LUZZATI, *op.cit.*, 305 ss. e 399 ss.
- <sup>37</sup>M.CORSALE, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., 258 ss.; N.LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 1990, 354 ss.; N.IRTI, *L'età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 1979, 96 ss.
- <sup>38</sup>F.RIMOLI, *op.cit.*, 274 ss.; P.P.PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, em AA.VV., *Il futuro della costituzione*, de G.Zagrebsky, P.P.Portinaro e J.Luther, Turim, Einaudi, 1996, 5 ss.; E.-W.BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989), em ID., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (coletânea de ensaios 1970-1990), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, 159 ss.; sobre a *Abwägung*, R.ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, II ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996, 79 ss., 143 ss., 423 ss., 468 ss.; ID., *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, em *La ragionevolezza nel diritto*, de M.La Torre e A.Spadaro, Turim, Giappichelli, 2002, 9 ss.; A.PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, *ibidem*, 45 ss.
- <sup>39</sup>Sobre *consistency e coherence* N.Mac CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, cap.VII e VIII; ID., *La congruenza nella giustificazione giuridica* (1984), em N.Mac CORMICK - O.WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (coletânea de ensaios), de M.La Torre, Milão, Giuffrè, 1990, 335 ss.; J.HABERMAS, *op.cit.* 303; M.LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, spec. 239 ss.; R.DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1978), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 1982, spec. ss., distinção entre *principles e rules*.
- <sup>40</sup>L.GIANFORMAGGIO, em *Certeza del diritto*, cit., 276, (sobre o tema também EAD., *Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di Mac Cormick*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*,

1988, 459 ss.). Uma *coherence* compreendida nesse sentido não poderia ser violada, a menos que não queira reduzir a cultura de referência a um esquema tendencialmente imóvel.

<sup>41</sup>N.LUPO, in *Gazzetta giuridica*, 1999, n.22, 1 ss.

<sup>42</sup>J.ELSTER, *Argomentare e negoziare* (1993), tr.it. Milão, Anabasi, 1993; ID., *Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale* (1991), tr.it. em AA.VV. *Il futuro della costituzione*, cit., 209 ss.; E.DE MARCO, *La "negoziato" legislativa*, Pádua, CEDAM, 1984, 234 ss.; A.PIZZORUSSO, *The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity*, em AA.VV., *Law in the Making. A comparative Survey*, Berlim-Heidelberg 1988, 62 ss.; E.TUCCARI, *Per una teoria della negoziazione legislativa*, em *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, 76 ss.

<sup>43</sup>N.LUHMANN, *op.cit.*, 129 ss.; J.ESSER, *op.cit.*, 141 ss.; F.RIMOLI, *op.cit.*, 104 ss.; L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VIII ed., Roma-Bari, Laterza 2004, p.XXII; C.LUZZATI, *op.cit.*, 321 ss.

<sup>44</sup>G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turim, Einaudi, 1992, *passim*; ID., *Il "crucifige" e la democrazia*, Turim, Einaudi, 1995, spec.103 ss.

<sup>45</sup>R.DWORKIN, *op.cit.*, 90 ss.; ID., *Principi, politiche, procedure* (1981), tr.it. em *Questioni di principio*, Milão, Il Saggiatore, 1985, 87 ss.; ID., *L'impero della legge* (1986), tr.it. Milão, Il Saggiatore, 1990, spec. 373 ss.; S.BARTOLE, *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, 1 ss.; R.BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1992, 13 ss.; J.HABERMAS, *op.cit.*, 241 ss.; A.ALTMAN, *op.cit.*, 35 ss.; F.MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, em *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; N.BOBBIO, *Principi generali di diritto*, em *Nss.Dig.it.*, XIII, Turim, Utet, 1966, 887 ss.; V.CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milão, Giuffrè, 1941; F.SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, em *Diritto e società*, 1987, 181 ss.

<sup>46</sup>G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 92 ss. e 147 ss.

<sup>47</sup>Sobre a relação entre *Unbestimmtheit* de Kelsen e a *open texture* de Hart, C.LUZZATI, *op.cit.*, 332 ss. G.TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 135 ss.; P.DI LUCIA, *Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio*, em *Scritti per U.Scarpelli*, de L.Gianformaggio e M.Jori, Milão, Giuffrè, 1998; R.GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, em AA.VV., *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, de L.Gianformaggio ed E.Lecaldano, Roma-Bari, Laterza, 1986, 173 ss.

<sup>48</sup>D.GRIMM, *Il futuro della costituzione* (1991), tr.it. em AA.VV., *Il futuro della costituzione*, cit., 129 ss.; N.LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr.it. *ibidem*, 83 ss.; M.DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, *ibidem*, 253 ss.

<sup>49</sup>J.HABERMAS, *Sovranità popolare come procedura. Un concetto normativo di sfera pubblica* (1989), ora in tr.it. em ID., *Morale, diritto, politica* (coletânea de ensaios), Turim, Einaudi, 1992, 81 ss.; F.RIMOLI, *op.cit.*, 223 ss..

<sup>50</sup>L.GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, cit., 275-277, adequando a tese de Mac Cormick que, como foi dito, aparecem, todavia, orientadas oportunamente em um sentido mais circunscrito.

<sup>51</sup>Ch.Mc ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 1990; M.DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonha, Il Mulino, 1994; G.ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione* (1993), em AA.VV., *Il futuro della costituzione*, cit., 35 ss.

<sup>52</sup>N.LUHMANN, *op.ult.cit.*, 344 ss.

<sup>53</sup>N.LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, cit., 95 ss.; F.RIMOLI, *op.cit.*, 212 ss.; L.GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidação*, em *Politica del diritto*, 1997, 527 ss.; G.ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, em AA.VV., *Il futuro della costituzione*, cit., 293 ss.; R.GUASTINI, *Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Turim, Giappichelli, 2005, 427 ss.;

F.MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, *ibidem*, 615 ss.

<sup>54</sup>A.A.CERVATI-S.P.PANUNZIO-P.RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Turim, Giappichelli, 2001; A.PIZZORUSSO, *La crisi costituzionale italiana*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., III, 141 ss.. Sobre a reforma citada no título V da parte II da constituição de 1948 com a lei constitucional n.3 de 2001, AA.VV., *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n.3 del 2001*, de F.Modugno e P.Carnevale, Milão, Giuffrè, 2003.

<sup>55</sup>G.AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milão, Giuffrè, 1962; S.FOIS, em *Legalità (principio di)*, em *Enc.dir.*, XXIII, Milão, Giuffrè, 1973, 679 ss.; A.RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milão, Giuffrè, 1977; F.MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I-II, Milão, Giuffrè, 1970; ID., voce *Validità*, em *Enc.dir.*, Milão, Giuffrè, 1993; C.ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milão, Giuffrè, 1964, 59 ss. e 74 ss.; H.KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr.it. Milão, Etas BPS, 1984, 61 ss.; H.L.A.HART, *Il concetto di diritto*, cit., 95 ss.

<sup>56</sup>V.CRISAFULLI, em *Fonti del diritto (dir. cost.)*, em *Enc.dir.*, XVII, Milão, Giuffrè, 1968, 925 ss.; G.ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turim, Eges, 1984; F.MODUGNO, em *Fonti del diritto (I-dir.cost.)*, em *Enc.giur.*, XIV, Roma, 1988; L.PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bolonha, Il Mulino, 1996; A.RUGGERI, *op.cit.*, *passim*.

<sup>57</sup>H.L.A.HART, *op.cit.*, 113 ss.

<sup>58</sup>A.RUGGERI, *Sistema delle fonti, ordinamento pluralista e garanzie costituzionali*, em *Scritti in onore di G.Guarino*, III, Pádua, CEDAM, 1998, 517 ss.

<sup>59</sup>Sobre a *offene Gesellschaft der Verfassungsgesellschaften* a citação da obrigação está em P.HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (coletânea de ensaios), Königstein/

Ts., Athenaeum, 1980, spec. 79 ss.

<sup>60</sup>F.RIMOLI, *op.cit.*, 181 ss.

<sup>61</sup>Habermas (1992) e Charles Taylor (1996), em italiano no volume de J.HABERMAS-Ch.TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milão, Feltrinelli, 1998; A.HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, II ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, e J.RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), tr.it. Milão, Ed. di Comunità, 1994.

<sup>62</sup>R.TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, III ed., Turim, Einaudi, 1993, 313 ss.; A.FEBBRAJO, *La sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, em *Sociologia del diritto*, 1974, 325 ss.; J.HABERMAS, *Diritto e morale (Tanner Lectures)* (1988), tr.it. em ID., *Morale diritto politica*, cit., 5 ss. 45 ss.

<sup>63</sup>R.RORTY, *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia e solidarietà* (1989), tr.it. Roma-Bari, Laterza, 1998, spec. 9 ss.; M.WALZER, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo* (1994), tr.it. Bari, Dedalo, 1999; S.P.HUNTINGTON, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo* (1993), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 1995; L.FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito*, de E.Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001; G.AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, em *Politica del diritto*, 2003, 327 ss.; F.RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, em *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., III, 321 ss.

<sup>64</sup>M.LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, em *Rivista di diritto costituzionale*, n.1/1996, 124 ss.160 ss.; C.PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, *ibidem*, 1997, 43 ss.; a relação entre well-being e representação recíproca das desigualdades é também colocado em evidência por A.K.SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico* (1992), tr.it. Bolonha, Il Mulino, 1994, 49 ss., 127 ss. e 145 ss.