

FUNDAMENTAÇÃO TRANSCENDENTE E REALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO NATURAL EM JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA¹.

José J. Albert Márquez - Universidad de Córdoba.

Resumo: O direito natural é uma técnica de realização do justo, uma exemplaridade superior que é a um tempo transcendente (enquanto expressão de uma ordem natural criada por Deus) e imanente ao direito positivo (pois o dota de um conteúdo de justiça ao realizá-lo historicamente). Só um Estado que respeite esta distinção básica pode aspirar a ser considerado um verdadeiro “Estado de Justiça” e não um simples “Estado de legalidade”.

Palavras-chave: Direito natural e direito positivo, ordem jurídica e moral, Estado de direito.

Abstract: The Natural Law is the only mean of realization of the right, an superior exemplarity that is at the same time transcendent (while expression of a natural order created by God) and immanent to the Positive Law (because, while historically realizes it, gives it a content of justice. Only a State that respects this distinction can aspire to be considered as a true “State of justice” and not a simple “State of legality”.

Keywords: Natural Law and Positive Law, Juridical and Moral Order, State of Law.

1. O FUNDAMENTO OBJETIVO DA ORDEM MORAL E JURÍDICA.

A íntima união existente entre o direito e sua realização histórica é objeto de reflexão reiteradamente ao longo de toda a obra de José Pedro Galvão de Sousa (São Paulo, 1912-1992). Em termos gerais, Galvão de Sousa entende que o direito natural não é algo separado das realidades terrenas, nem um direito meramente moral e sem valor jurídico, tal como ensinam os positivistas, que partem da separação absoluta entre moral e direito. Em consequência, o professor paulista trata da unidade fundamental entre direito e moral, para depois considerar alguns aspectos da relação entre ambos, que mostram, por uma parte, a ordem jurídica positiva derivada da lei natural e, por outro, o direito natural inserindo-se no direito positivo.

A lei por excelência é, pois, a lei eterna, na qual todas as demais são leis por participação². Dita lei eterna se concebe como a própria lei natural enquanto

¹ O autor é Doutor em Direito (menção Doutorado Europeu) e Professor da Faculdade de Direito da Universidad de Córdoba, na Espanha. Sua tese doutoral tem como tema o pensamento jurídico e político de José Pedro Galvão de Sousa, pensador tomista brasileiro. Tradução de Flávio Lemos Alencar. Revisão de Daniel Nunes Pêcego.

considerada na razão divina; e, por sua vez, a lei natural, irradiação no homem da lei eterna, constitui o fundamento objetivo da ordem moral e jurídica e se nutre de normas manifestadas ao homem pelo conhecimento ou razão próprios da natureza humana, inclusive preexistentes a esta, pois aparecem na mente divina como arquétipos segundo os quais Deus fez o homem.

A lei natural nos é manifestada por uma dupla fonte de conhecimento: razão e experiência. A razão nos faz conhecer o primeiro princípio da lei natural (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*) e a experiência mostra, mediante a observação expressa e a introspecção, em que consiste o bem para o homem.

Por isso sustenta Galvão de Sousa que podemos considerar a lei natural por dois aspectos: formal e materialmente. Seu primeiro aspecto, conhecido pela razão, está na idéia de bem, de obrigação, e, no que tange a ordem jurídica, na idéia do justo. Seu aspecto material, indicado pela experiência, se encontra nas inclinações naturais do ser humano, que manifestam a existência da lei natural. Deste modo, razão e experiência colaboram intimamente e não se podem separar uma de outra no conhecimento da lei natural.

Os princípios universais da atividade humana e as inclinações próprias de todo homem testemunham, para o professor de São Paulo, a existência de uma ordem natural. A razão formula tais princípios sobre a base da experiência sensível. E as referidas inclinações, as dá a conhecer a experiência guiada pela razão. Em palavras de Galvão de Sousa, “há uma ordem natural no domínio das ações livres do homem, assim como nas relações do homem com o universo e nas relações de todos os agentes naturais entre si”³.

Esta ordem e esta determinação para atuar conforme a própria essência não se podem explicar sem um princípio determinante e ordenador, que conduz diretamente à necessidade da lei eterna. Esse princípio ordenador, determinante e inteligente não pode ser outro senão Deus, Autor da natureza⁴. Há, pois, uma lei eterna que se manifesta no universo pelas leis físicas, pelas leis biológicas e pela lei moral⁵.

Para Galvão de Sousa, ou admitimos a criação do mundo por Deus, a lei eterna e a providência, ou somos levados ao panteísmo. Por isso, entende nosso autor, é que toda filosofia do direito, sempre que não seja simples teoria do direito, é necessariamente teológica (não se tratando de teologia revelada), precisando textualmente que “a ordem jurídica e a ordem moral não se podem compreender sem a lei eterna, nem mesmo que se negue a existência da

² SOUSA, J. P. G. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 70.

³ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 63.

⁴ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 64.

⁵ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 65.

obrigação moral (como faz Guyau na sua “moral sem obrigação nem sanção”) e que se dêem à obrigação jurídica por único fundamento as sanções do poder público, independentes de qualquer submissão do legislador a um critério objetivo e superior de justiça. Pois, neste caso, a autonomia absoluta da vontade arvorada em única regra da moralidade, e a vontade do legislador como princípio do direito, são expressões da força imanente no universo, que seria o princípio universal da ordem. Tal é, por exemplo, a concepção de Spinoza em sua doutrina de direito natural de fundamento panteísta, certamente muito mais lógica que a dos adeptos do direito natural puramente humano e independente da lei eterna”⁶.

De fato, para Galvão de Sousa, ou existe uma justiça natural objetiva, ou não. *Tertius non datur*. Não admiti-la conduziria, segundo nosso autor, a uma espécie de “direito natural passional”, semelhante aos de Hobbes e Spinoza. Inclusive no fundo desta concepção do direito natural percebe José Pedro Galvão de Sousa o eco da idéia de uma lei eterna, neste caso o princípio imanente do universo que tudo ordena pela força.

2. TRANSCENDÊNCIA E IMANÊNCIA DO DIREITO NATURAL EM RELAÇÃO AO POSITIVO.

Uma sugestiva mostra da relação entre direito natural e direito histórico - sob pretexto de uma comunicação acadêmica que dedicou o professor paulista à filosofia jurídica de Giambattista Vico - é a que oferece Galvão de Sousa em *Direito Natural e Direito Histórico*⁷. Partindo da distinção estabelecida por Savigny entre a “escola histórica” e a “escola não histórica do direito”⁸, explica Galvão que as críticas ao direito natural se desenvolveram por considerar a este como um direito não histórico, puramente racional, inaceitável ante as exigências da ordem jurídica positiva. O equívoco do positivismo jurídico em opor-se ao direito natural em nome do direito histórico estava para nosso autor precisamente em julgar a idéia de direito natural através destas concepções que a deformavam conceitualmente. Importa, pois, para Galvão de Sousa, ter presente que:

1º. A natureza, enquanto aplicada esta noção ao direito para daí chegar à idéia de direito natural, é algo concreto, vivido, realizado na história;

⁶ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, pp. 65 e 66.

⁷ Trata-se da comunicação apresentada no *Convegno di Studi sull'Opera di Giambattista Vico*. Bari, 7-8 de dezembro de 1975.

⁸ Galvão de Sousa especifica. Savigny, F. C. *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. I, Berlim, 1815, p. 6 *apud* GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 75.

2º. O direito natural não é um paradigma ideal para servir de modelo ao direito positivo, mas sim um princípio ordenador, um fundamento, uma diretriz⁹.

Distingue ademais o professor paulista entre o natural “enquanto primitivo” e o natural “em sentido teleológico”. No que se refere ao natural enquanto primitivo, afirma nosso autor que essa identificação já havia sido feita por Marsílio de Pádua antes que por Rousseau. Marsílio, segundo demonstrou em sua época Alan Gewirth, se desvincula da clássica preocupação anterior pelas causas finais ou ideais para pôr a ênfase nas causas eficientes¹⁰. Galvão de Sousa se pergunta por que este estudioso da obra de Marsílio de Pádua se refere à “preocupação anterior sobre as causas finais”, para sustentar que o conceito de natureza que inspirou a concepção clássica do direito natural estava impregnado de teleologia, enquanto que, modernamente, as causas final e formal, realçadas no pensamento aristotélico-tomista, foram postergadas em favor de uma visão mecanicista do universo, dando ênfase à causa eficiente e à causa material, que é justamente o que fez Hobbes nas origens do naturalismo cientificista e o que explica a redução do natural ao primitivo.

O aludido caráter teleológico da natureza implica, segundo José Pedro Galvão de Sousa, um conceito dinâmico vinculado à condição humana, por quanto ao homem se refere, e em consequência à sua vivência histórica. Por “natureza” se entende, neste caso, uma força, um impulso que leva o ser a realizar seu fim¹¹. Por isso considera Galvão de Sousa que as modernas correntes socialistas, negando o direito de propriedade, reduzem o natural ao primitivo. Do mesmo modo, a origem remota das concepções materialistas se encontra no naturalismo mecanicista de Marsílio de Pádua e de Thomas Hobbes, que conduziram à perda do sentido finalístico da natureza, fazendo prevalecer a causa material sobre a formal.

Frente a isso, o direito natural se revela para nosso autor como uma técnica de realização do justo¹². É expressão do justo em si, constituindo uma sorte de exemplaridade superior (por isto mesmo alude expressamente nosso autor à *exemplaridade do direito natural*), sem que isso suponha que o direito natural constitua um direito ideal no sentido de servir de modelo para as legislações

⁹ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁰ GEWIRTH, A. *Marsilius of Padua. The Defensor of Peace*, Vol. I: *Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy*, Columbia University Press, pp. 60 e 61. Apud: SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 76.

¹¹ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 77. Este dinamismo e essa historicidade do direito natural, segundo Galvão de Sousa, podem perceber-se no conceito de *ius gentium* de Santo Tomás, no referido aos preceitos secundários da lei natural. Um exemplo esclarecedor é o da propriedade privada, que é um direito natural no sentido de estar estabelecido pela natureza, mas “pela razão dos homens para a utilidade da vida humana” – *S. Th.*, I-II, q. 94, art. 5, *ad 3.*- ou seja, sem alteração da lei natural, mas sim como um fato acrescido a esta pela *naturalis ratio*.

¹² SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 79.

positivas. Pode em princípio parecê-lo, pois, como pergunta retoricamente Galvão de Sousa, o “ideal” não é exatamente um fim a alcançar? E a causa exemplar – ou seja, o modelo – não é a causa formal extrínseca? Cumpre por isso notar que o direito positivo não se identifica com o direito natural, ainda que seja essencialmente dependente deste no que se refere ao conteúdo de justiça de suas disposições. Por isso se alude a uma exemplaridade superior, que não deve ser confundida com a causa formal extrínseca, e, portanto, com causa exemplar o modelo de legislação. Quanto à causa final, deve o direito positivo acomodar-se ao direito natural porque a finalidade essencial que deve contemplar é a realização do justo; neste sentido, para Galvão de Sousa, “o direito natural não é um direito ideal, mas um direito fundamental”¹³.

O anterior leva Galvão de Sousa a poder afirmar rotundamente que o direito natural é transcendente e imanente com relação ao direito positivo. Transcendente, enquanto expressão de uma ordem natural, fundada na lei eterna. Imanente, enquanto que, realizado no direito positivo, outorga a este um conteúdo de justiça.

3. DIREITO NATURAL E FONTES DE DIREITO.

A relação entre o direito natural e as fontes do direito é abordada na continuação deste trabalho de nosso autor¹⁴, que parte para isso da influência que teve o positivismo jurídico e o legalismo nesta questão¹⁵, pois supuseram o triunfo do monismo nas fontes do direito em favor da lei, que, apesar da reação iniciada após a segunda guerra mundial, não é óbice para que ainda a mentalidade positivista e legalista impregne um bom número de juristas, como se pode apreciar na identificação, feita por muitos, entre direito e lei.

Galvão de Sousa sustenta que, inclusive na distinção entre direito objetivo e direito subjetivo que se ensina nas faculdades de direito, se encontra implícito certo formalismo que faz desaparecer do direito toda idéia de justiça, no sentido em que definiriam o direito Kant ou Ihering. Trata-se de visões mecanicistas do direito, pois a fórmula kantiana (conjunto de condições mediante as quais a liberdade de um pode coexistir com a liberdade de outros segundo uma lei geral

¹³ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴ Trata-se de uma comunicação apresentada por José Pedro Galvão de Sousa nas *Terceiras Jornadas de Direito Natural de Santiago do Chile* (Santiago, 21 a 26 de junho de 1977) que agora se publica com aparato de notas.

¹⁵ Galvão de Sousa concebe neste ponto o positivismo jurídico nos mesmos termos que fez Bobbio em 1972: “por positivismo jurídico entendo aquela corrente que não admite a distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito que o direito positivo”. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milão: Edizioni di Comunità, 1972, p. 127.

da liberdade) reduz o direito a uma harmonização de liberdades, e o direito, no pensar de nosso autor, não é só isso. Para José Pedro Galvão de Sousa, “o direito positivo, estabelecido nas sociedades políticas, é a medida da atividade dos homens nas suas relações mútuas e na utilização dos bens, segundo um critério de justiça e tendo em vista o bem geral da coletividade”¹⁶. Sendo a justiça, segundo ensinava Ulpiano, a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu, e sendo o direito o objeto da justiça, logo se prova, afirma Galvão, que as noções de direito enquanto lei e enquanto direito subjetivo se derivam de uma noção prévia e fundamental. Neste sentido, o que conta em primeiro lugar é o justo objetivo, dando por sua vez origem ao direito subjetivo, pois cada qual tem o direito a exigir o que lhe é devido. Este *devido* é expressão do justo objetivo. Em consequência, o poder moral de exigir é o direito subjetivo, e quanto à lei, a ela cabe determinar os direitos, dar-lhes a proteção da autoridade, garantir a seus titulares seu exercício e estabelecer as concretas condições deste exercício¹⁷. Ou, voltando aos jurisconsultos romanos, *ius pluribus modis dicitur*¹⁸, o que equivale a sustentar – como faz em tantas ocasiões o professor de São Paulo –, que direito é um termo análogo, que em si mesmo pode ser entendido de vários modos.

Quanto ao problema concreto das fontes do direito, após aludir Galvão de Sousa às diferentes classificações das fontes do direito¹⁹, explica que num sentido mais profundo, “fonte significará a justificação racional da regra de direito, seu fundamento transcendente, aspecto este que nos conduz do direito positivo ao direito natural”²⁰. Em outras palavras, se trata, como ensinava Juan Vallet de Goytisolo, de “decidir se o direito é produto da vontade, racional ou arbitrária do Estado, ou da sociedade, ou dos juízes; ou bem se é algo objetivo que os transcende e a respeito do qual a missão destes consiste em achá-lo, iluminá-lo, exteriorizá-lo e velar por seu cumprimento”²¹. Em outras palavras: a consideração das fontes do direito em seu fundamento conduz-nos do direito

¹⁶ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁷ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁸ A citação de Paulo está recolhida no *Digesto*, D. 1.1.11.

¹⁹ Considera o professor paulista que na linguagem habitual dos juristas, a expressão “fonte de direito” se refere à norma jurídica, e nesses termos cabe indicar as seguintes significações das fontes: 1) fontes de direito em sentido técnico-jurídico (lei, costume, norma jurisprudencial, direito estatutário, etc.); 2) o fundamento do direito; 3) fontes históricas de direito (*v.g.*, o direito romano, fonte de direito civil moderno, ou as *Ordenações Filipinas*, fontes do Código Civil brasileiro); 4) fontes literárias (assim, os órgãos oficiais em que se publicam as leis). SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 92.

²⁰ SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 93.

²¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “*Algunas consideraciones em torno a las fuentes do direito*” (Comunicação pronunciada em sessão plenária da Real Academia de Ciências Morais e Políticas), Madri, 1973, *in separata*, p. 21. Apud: SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 94.

positivo ao direito natural, sem que isso implique a existência de planos separados ou compartimentos estanques.

Galvão de Sousa entende o direito natural como fundamento do direito positivo, como critério superior que se impõe ao legislador na elaboração das leis e ao juiz em sua aplicação; como critério transcendente em relação às determinações contidas na ordem jurídica positiva; como critério de justiça, onde se encontra a *ratio iuris*, isto é, a própria razão de ser do direito. Por isso, conclui o jurista brasileiro, “sem o reconhecimento da lei natural e a subordinação a um critério objetivo de justiça, o direito positivo torna-se mera expressão da vontade do poder, isto é, da força social dominante. É o domínio do voluntarismo incontrastável, que, nas condições atuais das sociedades políticas, dá origem à última e mais refinada forma do poder absoluto: o Estado totalitário”²². Assim, a constante presença do direito natural na realidade da vida do direito acarreta sua permanente vigência no âmbito da filosofia do direito (por ser reconhecido como fundamento transcendente do direito), não obstante as arremetidas de toda sorte dirigidas contra ele pelo positivismo jurídico. Neste sentido, por certo, Galvão prefere a expressão “permanência” do direito natural (oferecida por P. Delhay: *Permanence du droit naturel*, Montreal, 1960) a outras que finalmente lograram gozar de mais aceitação (“renascimento” ou “perpétuo retorno”²³ do direito natural). Seja como for, de novo propugna Galvão a dupla natureza, transcendente e imanente, do direito natural em sua relação com o positivo, antes aludida.

4. O DIREITO CIVIL ENTRE O *IUS NATURALE* E A TECNOCRACIA.

José Pedro Galvão de Sousa outorga a primazia cronológica e ontológica no âmbito do direito positivo ao direito civil, que entre todos os ramos do direito regula desde antigamente instituições visceralmente ligadas à natureza humana²⁴. Sem embargo, este direito civil, em seu conceito estrito e moderno (não no amplo dos romanos que o identificavam com todo o direito positivo), após haver conhecido seu maior prestígio na época das codificações²⁵, se encontra

²² GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 97.

²³ Como é sabido, a feliz expressão se deve ao alemão H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, em versão francesa *Le droit naturel*, Paris, 1945.

²⁴ O autor brasileiro analisou o tema num artigo escrito para a *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, de São Paulo, em 1977. Revisado e anotado, se inclui agora nesta publicação.

²⁵ Sustenta Galvão de Sousa que nem sequer em época de Luís XIV, rei de França, modelo de governo absolutista e bastante centralizador para a época, o rei se atrevia a violar o direito civil e as autonomias corporativas e regionais. “*Il faut ne point toucher aux usages du pays d’Alsace...*” recorda Galvão que determinava o Rei Sol ao ser essa província anexada à França. GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 105.

atualmente para o catedrático paulista numa situação de crise que parte precisamente daquela época, e que tem por origem a publicização progressiva do direito civil, assim como outros motivos intrínsecos mais profundos, a saber: o individualismo voluntarista, que desprende o direito civil de suas origens no direito natural; e, em segundo lugar, uma decidida ruptura do direito civil com o direito histórico.

No que tange o primeiro, o princípio de autonomia de vontade entendido de forma radical e levado às últimas conseqüências implica, no pensamento de nosso autor, o desconhecimento das realidades subjacentes ao ordenamento jurídico e nas quais este deve se encontrar arraigado²⁶. O fenômeno se mostra principalmente nas transformações havidas no moderno direito de família (v. g. caráter meramente contratual do matrimônio), mas também no direito de propriedade, sucessões, ou obrigações (v.g. decaimento do princípio de boa fé contratual, ou do *pacta sunt servanda*).

A respeito do segundo, se o direito natural, enquanto critério superior de justiça, informa os preceitos do direito civil, é a conformidade ao direito histórico que lhes assegura perfeita adequação às condições reais de uma sociedade²⁷.

Em definitiva, para o professor paulista, passamos do realismo jurídico dos clássicos romanos ao voluntarismo jurídico e à tecnocracia²⁸, ou, em palavras de Vallet de Goytisolo, se produziu uma transição de legislar do *legere* ao *facere*, passando pelo *velle*²⁹. E o grave é que o estatismo – com apoio no monopólio das fontes do direito – invada as competências das famílias, dos corpos intermediários e inclusive dos próprios indivíduos em esferas que em princípio não são de competência estatal³⁰.

5. O ESTADO DE DIREITO E O DIREITO NATURAL.

Este é um desenvolvimento do discurso de abertura que pronunciou José Pedro Galvão de Sousa nas já mencionadas *Jornadas Brasileiras de Direito Natural*, celebradas em São Paulo em finais de setembro de 1973 sob o tema “Estado de direito”. Para Galvão, “o Estado de direito supõe necessariamente o direito natural”³¹,

²⁶ GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 112.

²⁷ *IBIDEM*.

²⁸ Termo este, muito em voga na época, que Galvão de Sousa cuida de distinguir da técnica e seus proveitosos avanços e que vem a identificar com o governo dos tecnocratas, isto é, da imposição de critérios econômico-empresariais por técnicos nos assuntos públicos, separando o direito e suas fontes materiais de sua verdadeira realidade social.

²⁹ Tese que Vallet de Goytisolo desenvolve em «Do legislar como “*legere*” ao legislar como “*facere*”», in *Verbo*, nn 115-116, Madri, 1973.

³⁰ GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 122.

³¹ GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 126.

pois a subordinação que este supõe do Estado à ordem jurídica, só será verdadeiramente eficaz mediante uma condição indispensável: que se reconheça um critério objetivo de justiça, transcendente em relação ao direito positivo e do qual este dependa³².

Assentado o anterior, é objeto da atenção de Galvão de Sousa a distinção entre direito natural e positivismo jurídico no constitucionalismo anglo-saxão (inglês e norte-americano) e suas profundas diferenças com o sistema continental. Galvão, profundo conhecedor e admirador do sistema jurídico inglês³³, faz notar como a chave de seu êxito e durabilidade radica na primazia da razão sobre a vontade do príncipe, tal como ensinaram desde a alta Idade Média juristas da talha de Bracton e John Fortescue, que, segundo nosso autor, aplicava ao *common law* conceitos aprendidos nas lições de Tomás de Aquino, que reafirmavam o princípio do *rule of law* enunciado dois séculos antes por Bracton, e que, em definitiva, supunham um forte freio às veleidades voluntaristas do governante, que sempre haveria de estar submetido a Deus e ao direito³⁴. Justamente naquela ocasião, pondera Galvão de Sousa, foi quando os legistas começaram a fazer da vontade do príncipe fonte de direito, precisamente pela mão de outro inglês, Guilherme de Ockham. O incipiente voluntarismo de Ockham, transformado por Hobbes em puro positivismo jurídico, faria que o espírito do *common law* fosse suplantado por padrões de pensamento consciente ou inconscientemente positivistas³⁵.

O posterior absolutismo inglês (régio ou parlamentar) implicou um repúdio definitivo às doutrinas dos juriconsultos do *common law*, de forma que com a ulterior influência do positivismo e a adoção de seus critérios, ficou todo o ordenamento jurídico dependente da vontade da maioria parlamentar. Em palavras de Galvão de Sousa, “*reuniam-se assim positivismo e democracia, prevalecendo a vontade sobre a razão e deixando o direito de resultar de uma “busca da justiça e da verdade”*,”

³² *IBIDEM*.

³³ Não constitui Galvão de Sousa uma exceção em seu país, ao menos na admiração sentida pelas tradicionais instituições britânicas. Bom exemplo disso é o do famoso escritor e ensaísta do século XIX, Joaquim Nabuco, que tanta influência exerceu em vindouras gerações de brasileiros, e que em sua mocidade professou tendências republicanas. Ao ler o famoso livro de Bagehot *English Constitution* despertou-se nele um grande entusiasmo pelo regime da Inglaterra, que conservou pelo resto de sua vida. São reveladoras a respeito as confissões do próprio Nabuco no segundo capítulo de seu livro *Minha Formação*.

³⁴ Bracton, autor no século XIII de *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, enunciava o princípio do *rule of law* quando escrevia que “o rei não deve estar subordinado aos homens, mas sim a Deus e ao direito, porque o direito faz o rei. Cabe ao rei devolver ao direito o que o direito lhe deu, a saber, domínio e poder; pois não há rei onde a vontade, e não o direito, exerce o domínio” *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* III, fol. 5 b., *apud*, GALVÃO DE SOUSA, J. P. *Op. cit.*, p. 132.

³⁵ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 133.

segundo as palavras de Pound, para se reduzir a uma expressão da vontade do legislador. Vontade esta, freqüentemente determinada por subjetivismos ideológicos e por interesses partidários, quando não pelos grupos de pressão, pelos poderes econômicos paralelos e, hoje, pelas multinacionais”³⁶. Soberania parlamentar e *rule of law*, vigas mestras do sistema inglês, entram para Galvão de Sousa em irredutível antagonismo, excluindo-se mutuamente e determinando em definitiva a primazia da vontade do legislativo (ou do executivo, nos últimos tempos, mas sempre de sua vontade) sobre os critérios de adequação do governo do público a critérios de justiça natural, no sentido aristotélico do termo³⁷.

Por outra parte, nos territórios que posteriormente chegaram a constituir os Estados Unidos de América, se impuseram tendências ideológicas, segundo Galvão de Sousa, que refletiam a filosofia individualista da época, e que desembocaram em “Estado de direito liberal-burguês”, ao que se referia o argentino Arturo Enrique Sampay. Sem embargo, o que na opinião de Galvão realmente caracterizou o Estado de direito no regime norte-americano foi o sistema de freios e contrapesos em relação aos poderes públicos, pondo-se pois em prática as recomendações de Montesquieu a respeito. O passar do tempo, sem embargo, revelou como o sistema foi evoluindo (sobretudo – aponta Galvão de Sousa – desde o mandato presidencial de Franklin Delano Roosevelt) de um *congressional government* (como o caracterizou o presidente W. Wilson) passando por um governo de predomínio judicial, até um regime monocrático de caráter fortemente presidencialista³⁸. Este aumento do poder pessoal dos presidentes estadunidenses, unido a outros fatores externos³⁹, faz para Galvão de Sousa que sejam pertinentes para a democracia americana, as críticas e advertências dos que apontaram nas democracias ocidentais germens de totalitarismo em progressiva expansão⁴⁰.

Em definitiva, o grande exemplo que oferece o regime constitucional norte-americano, segundo nosso autor, consiste em que por mais aperfeiçoadas que estejam as leis e instituições de direito positivo, não podem, por si sós, garantir a realização de um autêntico Estado de Direito. Na elaboração das leis,

³⁶ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, pp. 134-135.

³⁷ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 136.

³⁸ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 140. A respeito da fórmula empregada por Roosevelt, Galvão de Sousa escreve que: “É sabido que, em obediência aos preceitos constitucionais, o órgão supremo do Poder Judiciário se opôs à política do *New Deal*, planejada pelo Presidente. Bastou, entretanto, o prolongamento dos mandatos presidenciais, pela reeleição de Roosevelt, para que esse obstáculo caísse por terra, mediante uma simples transformação operada na Suprema Corte, com a nomeação de juizes afetos ao Presidente.”

³⁹ Entre eles o poder de os chamados *mass media*, ou o das companhias multinacionais.

⁴⁰ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 142. Entre outras cita José Pedro Galvão de Sousa a Bertrand de Jouvenel, Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, e Roland Maspétiol.

em sua aplicação pelos juízes e tribunais, no exercício das tarefas administrativas e nas funções governativas superiores, de direção e coordenação, é preciso, para alcançar o sentido da justiça e submeter-se ao império do direito, ir mais além do institucional⁴¹.

Por outra parte, se este foi em traços largos o desenvolvimento histórico-jurídico do regime anglo-saxão, o direito continental oferece como exemplo extremo das conseqüências do relativismo, do positivismo e do formalismo, o caso da experiência alemã, na qual o Estado de direito perdeu toda a riqueza de seu conteúdo por causa da ausência de um critério de fundo com o que estabelecer a legitimidade o ilegitimidade do ordenamento jurídico. Assim “*cai-se no Estado de mera legalidade, isto é, de uma legalidade positiva – onde o iussum suplanta o iustum –, produto de uma vontade que se impõe de modo absoluto, seja a vontade do povo, a do príncipe ou a do chefe (Führerprinzip)*”⁴².

Todo o anterior conduz finalmente nosso autor a se perguntar se nos achamos ante um “Estado de legalidade” o ante um verdadeiro “Estado de Justiça”, pois as concepções que idealizaram o Estado de direito prescindindo do direito natural e encerrando-se nas estreitas perspectivas do positivismo jurídico reduzem o direito à lei, não distinguem o legal do legítimo e não vêm mais além de um Estado de legalidade, que nem sempre é um Estado de justiça⁴³.

Sempre fiel ao magistério do Aquinate, a obra e pensamento de José Pedro Galvão de Sousa em um dos seus últimos trabalhos, intitulava-se, precisamente, “Filosofia medieval vive”. (“O Estado de Sao Paulo”, São Paulo, 05-10-1990)⁴⁴.

⁴¹ GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, pp. 142-143.

⁴² GALVÃO DE SOUSA, J. P. G. *Op. cit.*, p. 146.

⁴³ *IBIDEM*.

⁴⁴ Ver., também, *v.gr.*, “A ordem medieval e o pensamento político de Santo Tomás”, in “Digesto Econômico”, nº 112, São Paulo, 1954; “*De las relaciones entre el hombre y la Sociedad según Santo Tomás de Aquino*”, in “Verbo” nn. 126-127, Madri, 1974, e “Hora Presente”, ano VI, n. 16, São Paulo (“Das relações entre o homem e a sociedade segundo Santo Tomás de Aquino”) e revista “*Scientia Iuridica*”, Braga, tomo XXIII, nn. 128-129; “*El pensamiento político de Santo Tomás de Aquino*”, in “Verbo” nn 197-198, Madri, 1981; “*Sobre la equidad como perfección de la justicia*”. XXI Semana Tomista de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 1991.