

CHEN CHIENG LONG

**ENTRE VALIDADE E FATICIDADE: A
JURISPRUDÊNCIA COMO VIA DE ACESSO E
CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO
CONTINENTAL**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Profa. Jeannette Antonios Maman.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011**

Banca Examinadora

*Dedico este trabalho à Profa. Jeannette Maman e a
minha esposa Glória e filha Lívia.*

RESUMO

O fenômeno do ativismo jurisdicional tem como causa a crise do direito. Uma releitura do tema a partir de uma perspectiva existencial permite concluir que sua origem assenta-se na perda do sentido da ocupação e preocupação do homem em relação ao direito. Esta crise articula-se, grosso modo, em dois níveis distintos. De um lado, pelo desgaste do modelo de racionalização contido na proposta da tripartição de poderes de Montesquieu; de outro, na perda do sentido do direito como forma de controle social no processo de incorporação da armação da técnica. Diante da anomia do legislador e do Estado aos desafios atuais em torno do direito, presencia-se, na atualidade, o aumento do ativismo jurisdicional na definição do conteúdo do direito continental. Dentro das possibilidades abertas no horizonte da experiência histórica, a evolução do direito continental permite constatar que esta se formou e perpetua-se a partir dos conceitos antagônicos de mutabilidade (em ajuste às necessidades da evolução da sociedade), mas também de segurança jurídica (representada pela norma posta). Um aumento do ativismo jurisdicional que pretenda preservar a experiência da tradição do direito continental exige que a ocupação e preocupação em torno do Direito se deem em aderência à experiência compartilhada dentro do mundo das vivências e no fino equilíbrio dos conceitos de normas sociais e de garantia, sem o que, no extremo da projeção do Dasein no horizonte de sua injunção social, teríamos inevitavelmente um processo de ruptura conceitual da experiência do Direito ou a anulação do Dasein perante o Direito.

Palavras-chave: ativismo jurisdicional, crise do direito, tripartição dos poderes, técnica, direito continental, mutabilidade, Segurança jurídica.

ABSTRACT

The phenomenon of the jurisdictional activism is caused by the crisis of law. A re-reading of the theme from an existential perspective allows for the conclusion that its origin is based on the loss of man's care and concern sense regarding the law. Broadly, this crisis articulates in two distinct levels. On one side, by the rationalization model exhaustion contained in the tripartite division of powers proposed by Montesquieu; on the other side, in the loss of law sense as a way of social control in the incorporation process of the frame of the technique. As a consequence of the anomy of the legislature branch and the State to the current challenges around the law, the increase of the jurisdictional activism in the definition of the continental law content can be contemporarily noticed. Within the possibilities opened in the historical experience scope, the evolution of the continental law allows for the observation that it was formed and continues from the antagonistic concepts of mutability (adjusted to the evolution needs of the society), but also of legal security (represented by the rule provided for). An increase of the jurisdictional activism intending to preserve the experience of the continental law tradition requires that the care and concern concerning the law comply with the experience shared within the world of experiences and in the fine balance of the social rules and guarantee concepts, without which, in the extreme of the Dasein projection in the scope of its social injunction, we would inevitably have a process of conceptual rupture of the law experience or annulment of Dasein before the law.

Key words: jurisdictional activism, crisis of law, tripartite division of powers, technique, continental law, mutability, legal security.

RÉSUMÉ

Le phénomène de l'activisme juridictionnel est à l'origine de la crise du droit. Une relecture du thème à partir d'une perspective existentialiste permet de conclure à une origine fondée sur la perte du sens de l'agir et de l'engagement (souci) de l'homme par rapport au droit. Cette crise s'articule, grosso modo, sur deux différents niveaux. D'un côté, par le vieillissement du modèle de rationalisation contenu dans la proposition de pouvoir tripartite de Montesquieu; d'un autre, sur la perte du sens du droit comme moyen de contrôle social dans le processus d'incorporation de mise en place de la technique. Face à l'anomie du législateur et de l'État par rapport aux défis actuels concernant le droit, on assiste actuellement à une augmentation de l'activisme juridictionnel selon la définition du contenu du droit continental. Prenant en compte les possibilités offertes selon une vision de l'expérience historique, l'évolution du droit continental permet de constater que celle-ci s'est constituée et se pérennise à partir des concepts antagoniques de mutabilité (en ajustement aux besoins de l'évolution de la société), mais aussi de sûreté juridique (représentée par la norme établie). Une croissance de l'activisme juridictionnel qui envisage préserver l'expérience de la tradition du droit continental exige que l'agir et de l'engagement (souci) concernant le Droit se fassent sur la base d'une liaison harmonique avec l'expérience partagée dans le monde des situations vécues et selon le subtil équilibre des concepts des normes sociales et des garanties, sans quoi, à l'extrême de la projection du Dasein à l'horizon de son injonction sociale, nous ferions inévitablement face à un processus de rupture conceptuelle de l'expérience du Droit ou de l'annulation du Dasein par rapport au Droit.

Mots-Clés: L'activisme juridictionnel, crise du droit, pouvoir tripartite, technique, droit continental, mutabilité, sûreté juridique.

SUMÁRIO

PARTE 1. QUESTÕES PREPARATÓRIAS	9
1.1. Introdução	9
1.2. Da crise do positivismo jurídico e formalismo	14
1.3. A crise do direito dentro de uma perspectiva do método	16
1.4. Do método fenomenológico como proposta de superação da crise do direito.....	18
PARTE 2. DAS CAUSAS DO ADVENTO DO ATIVISMO JURISDICIONAL: A CRISE DO DIREITO	23
2.1. Das causas relativas ao aumento do ativismo jurisdicional na definição do direito	23
2.2. A crise da produção legislativa. A corrosão do regime de representação parlamentar. A perda do sentido de cidadania e o isolamento do indivíduo.....	26
2.3. A ampliação da atuação do Estado no campo social: o advento do <i>welfare state</i> e da inflação normativa.....	30
2.4. A decadência do modelo monopolista estatal de controle e produção do direito	31
2.5. A efetivação dos direitos fundamentais e ampliação do acesso à justiça a partir da regra do <i>non liquet</i>	33
2.6. Conclusão quanto às causas do aumento da atividade judiciária.....	35
PARTE 3. A PERDA DO SENTIDO DA TÉCNICA	37
3.1. Considerações iniciais sobre direito e técnica.....	37
3.2. A questão da técnica em Heidegger	38
3.3. Técnica e direito continental	43
3.3.1. Técnica, prudência e tecnologia.....	43
3.3.2. O Direito como tecnologia de controle e dominação	44
PARTE 4: DO PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTINENTAL	49
4.1. Das considerações iniciais.....	49
4.2. Da primeira fase de racionalização do Direito: Da passagem da concepção do Direito fundado na autoridade dos textos na Idade Medieval para o Direito secular fundado na vontade do soberano.....	51
4.3. Das revoluções liberais e o conceito de direitos fundamentais e constituição. A formulação do conceito de normas e garantias	54

4.4. A codificação: concepção e organização racional das matérias	58
4.5. Da polêmica Thibaut <i>versus</i> Savigny	62
4.6. Da vitória do positivismo legalista e o império da validade	64
4.7. Crise do positivismo	65
4.8. Conclusão da análise temporal do direito	66
PARTE 5. A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO CONTINENTAL: DA	
RECUPERAÇÃO DO SENTIDO ORIGINAL	68
5.1. Jurisprudência no sentido dos antigos.....	68
5.2. Ativismo jurisdicional e jurisprudência da <i>common law</i>	69
5.3. A perda do caráter de fonte do direito	71
5.4. Das funções da jurisprudência	74
5.5. Jurisprudência e fontes do direito	75
5.6. Da retomada da questão do direito entre os Antigos. A questão da prática judicial.....	79
5.7. Da crítica à visão positivista da Jurisprudência	82
5.8. Jurisprudência e normas sociais: a hermenêutica da experiência social	85
5.9. Jurisprudência e normas garantia.....	88
5.9.1. Do acesso universal à jurisdição e do estabelecimento do contraditório efetivo na defesa dos Direitos	88
5.9.2. Da garantia do juiz natural	90
5.9.3. Da garantia de revisão dos julgados	91
5.10. Um julgado para análise: a controvérsia jurídica em torno da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).....	92
PARTE 6. CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

PARTE 1. QUESTÕES PREPARATÓRIAS

1.1. Introdução

Toda e qualquer questão que se proponha como crítica a um ramo do conhecimento exige um esforço de análise dos problemas ligados ao seu objeto. Porém, para que uma crítica apresente-se como uma contribuição ao desenvolvimento do campo das idéias, esta deve transcender aos critérios referenciais e relacionais à compreensão do conhecimento situado.

É tarefa da Filosofia a crítica aos pressupostos e problemas inerentes aos diversos ramos de conhecimento humano. No campo do Direito, a Filosofia do Direito tem como função a busca da essência do objeto formal¹ do ramo de conhecimento denominado Direito, por meio da indagação dos problemas e pressupostos fundamentais inerentes.

Se historicamente toda concepção de Direito guarda reflexo com o fenômeno da realidade social do qual se serve², não se pode negar que, como condição prévia à formação do seu objeto de conhecimento, encontra-se e perpetua-se aquilo que Gadamer, a partir dos estudos fenomenológicos de Heidegger, apresenta como o autêntico ato de compreender. Compreender, no sentido ontológico do termo não se limita ao saber voltado aos atributos e qualidades das coisas. A compreensão, como categoria essencial da analítica existencial, guarda o sentido de um saber intencional projetado para o mundo das

¹O conceito é de Kauffman. Para este autor, a Filosofia do Direito distingue-se dos demais ramos especializados do direito em razão do caráter formal totalizante do seu objeto. Cada ramo do conhecimento possui um objeto de preocupação denominado objeto material. A especialização de cada área do ramo de conhecimento corresponde ao que o autor denomina objeto formal. Assim, muito embora a Teoria Geral do Direito e o Direito Penal possuam um mesmo objeto material (o direito), estas formalmente são distintas em suas especificações. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 27-32 ss.).

²O conceito é trazido de Wieacker. Ressalva-se que, segundo o autor, o método do Direito relaciona-se com a explicação causal desta realidade (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. port. por António Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. p. 653-654).

vivências (Lebenswelt), o “ocupar-se”³. Apesar destes sentidos, para a analítica existencial, o compreender, como parte do agir humano, não renuncia à totalidade em favor do agir isolado e fragmentário; antes de tudo, corresponde a um agir único e incindível.

Ora, na medida em que o homem projeta os dados de seu conhecimento no mundo a partir de sua injunção social, acumulam-se uma série de atos que, à luz da experiência, resultam em alteração do seu destino como possibilidade. Ao conjunto de atos reiterados e perpetrados no tempo e que, no espaço da vivência compartilhada, modificam ou reformam a condição situada do homem, denominamos técnica. O termo técnica é tomado aqui no seu sentido mais elementar, uma condição *sine quibus non* à vida humana, conforme já observado por Ortega y Gasset⁴.

Ao se findar o período medieval, as sociedades ocidentais passaram por um processo contínuo de tentativas de compreensão do mundo por meio de estruturas racionais de conhecimento, com vistas ao domínio da realidade externa à subjetividade do homem. Inserido dentro deste contexto, o direito continental⁵ é marcado, ao longo de sua evolução, por um processo de ordenação racional, abstrata e sistemática do Direito. Se, por um lado, o desenvolvimento do ramo de conhecimento que denominamos Direito propunha uma individualização de um campo próprio de compreensão, por outro lado, esta especialização guardava, em compasso, um projeto visando dar respostas às preocupações históricas em cada momento, o que influenciou diretamente na sua práxis como técnica.

³A recuperação do sentido de ocupação (ato que engloba tanto o “saber com se situar” e “saber-fazer”) dentro do ato de compreender importa em uma nova perspectiva ao sentido do conhecimento. Um compreender que se projeta para ação intencional da conduta do homem representa uma possibilidade de libertação do espírito a partir do exercício do ocupar-se. (GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica* Trad. port. por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 39-56).

⁴O homem distingue-se dos demais entes porque é o único ser capaz de superar seu estado de necessidade em natureza. Nas palavras do autor, “mientras todos los demás seres coinciden con sus condiciones objetivas – con la naturaleza o circunstancia–, el hombre no coincide con ésta, sino que es algo ajeno y distinto de su circunstancia”. A técnica corresponde ao conjunto de atos que visam à reforma da natureza, eliminando, dentro do possível, suas necessidades, superando o acaso e o esforço que exige satisfazê-las. Para o autor, esta capacidade de reação do homem ao seu entorno, o não resignar-se com o mundo como se apresenta, corresponde ao que é de singular e essencial no homem (ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*. Madrid: Alianza, 2008. p. 21-37).

⁵O termo é apropriado de Coing para distinguir os povos de tradição continental–europeu do direito anglo-americano ou da Common Law (COING, Helmut. *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*. Frankfurt (Main): Klostermann, 1962. p. 13).

Até o Positivismo Jurídico, a filosofia do direito guardou esta confluência de proposta na conformação do Direito. Ao pretender superar a escola do jusnaturalismo, o positivismo jurídico projetou na norma posta e nas relações internormativas a base de construção do Direito. Perfilhou-se sobre este modelo hipotético prescricional a fórmula de compreensão do Direito, atividade esta que englobou não somente seu conhecimento e sistematização como ramo autônomo do saber, mas que também dotou-o de um modo de interpretação e aplicação próprio. Processou-se, a partir deste ponto, a cisão entre teoria e experiência, entre ser e dever-ser.

Tem-se, com isso, de um lado, o império da norma abstrata como proposições de comando – o direito propriamente dito na vertente kantiana, passível de reconhecimento a partir de um conjunto de predicativos. Este seria para o positivismo o campo do conhecimento das coisas.

De outro, temos o caso individual, que passa a ser o escopo da ocupação, mas que, na vertente positivista, encontra-se limitada e encerrada no dogma da subsunção. Por meio desta tinha-se a presunção de uma possibilidade de emparelhamento do caso individual à hipótese a partir de implicações gerais obtidas das normas abstratas. Este emparelhamento entre juízos abstratos e caso individual é mediado pelos fatos em aderência à norma abstrata⁶. A aplicação do direito ao caso individual, portanto, representa uma consequência lógica do conhecimento abstrato das normas, sendo atividade que se submete ao conhecimento *a priori*. Ou seja, pressupõe-se que da verificação dos fatos do caso individual (premissa menor), permita-se subsumir um conceito jurídico (premissa maior), e que, da correlação entre estas se permita uma conclusão.

A ênfase na forma em detrimento do conteúdo e os abusos ligados à práxis do programa de ação do positivismo jurídico levaram, no último século, à chamada crise do Direito. Como reação às experiências negativas, a filosofia do

⁶Engisch já demonstrou que a simplificação proposta pelo positivismo pode guardar uma complexidade tão grande quanto os processos de busca de proposições jurídicas aplicáveis ao caso individual (Rechtsfindung). O autor menciona a complexidade de se alcançar a premissa menor, já que a verificação dos fatos em adequação à prescrição normativa exige a práxis de atos cognitivos e deduções complexas dentro dos limites do *onus probandi* das partes e da máxima *judici fit probatio*, neste último caso, limitada a dedução a partir da lei (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* Trad. port. por João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 75-105).

direito fragmentou-se. Visando a retomada da questão da essência do Direito – entendida como perdida no formalismo positivista, as críticas oscilaram, entre propostas axiológicas – eis que voltadas à retomada do tema jusnaturalista do valor nas normas (a questão da justiça principalmente); e propostas lógicas, estas voltadas para programas de ação tendentes à aplicação de normas (metodologia, tópica, dogmática⁷, etc.). Apesar destes esforços, as críticas em torno da forma e essência, validade e eficácia, validade e legitimidade, Direito e Moral, Direito e Justiça não se dissiparam.

Isto porque, se é certo que a pretensão de inserção da questão do valor no âmbito da normatividade⁸ conduz ao problema do relativismo; não é menos certo que a vertente lógica, apesar de tentar ampliar a potencialidade em torno da compreensão da técnica do direito, na prática, muito pouco avançou no que se refere à base positivista, já que manteve sua proposta limitada ao mesmo ponto de partida – a saber, a rígida separação entre objeto de conhecimento e o ser que compreende⁹.

⁷No Brasil, a principal crítica ligada à crise do direito direcionou-se à dogmática jurídica, técnica de construção de conceitos e categorias para organização racional do direito. A crise do positivismo e formalismo jurídico faz-se presente porque a dogmática jurídica paga tributo aos “preceitos científicos” do positivismo jurídico (em especial ao caráter sistemático e lógico-formal de suas construções) e porque, como saber jurídico, centra sua atividade no dogma da lei positiva abstrata como ponto de partida para uma teoria da interpretação e aplicação do direito. Para além destes pontos de convergência, Faria ressalta que a dogmática jurídica ainda seria fruto da convergência entre (a) a identificação do direito com a lei e desta com um sistema conceitual de direito; e (b) separação entre teoria e práxis, com a identificação de um saber jurídico como atividade eminentemente teórica, avaliativa e descritiva. (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 43-44).

⁸Um dos juristas mais proeminentes da crítica valorativa ao positivismo legalista foi Radbruch, que refundou a teoria do direito a partir de tentativa de sua adaptação a uma postura orientada para os valores. O direito, como parte das ciências culturais, teria como razão de ser servir à justiça. Para o autor, a Justiça não se confunde com o sentido de observância da lei ou de uma consideração sobre a lei. A justiça não é extraída do direito positivo, mas, pelo contrário, é ela a medida do direito positivo. De forma a buscar uma superação do relativismo do tema da justiça como valor do direito, Radbruch assenta sua teoria da justiça no princípio da igualdade (a justiça comutativa preserva a igualdade entre homens; já a justiça distributiva busca promover a igualdade entre desiguais). Porém, como o termo igualdade é plurívoco, haveria a necessidade de uma delimitação de seu âmbito. Esta se daria materialmente por meio da ideia de fim, conceito este que o autor atribui de valor absoluto e que se encontra dividido em três ordens de valores, a saber, o individualista, o supra-individualista e o transpessoal. Porém, a teoria da justiça de Radbruch desenvolve-se somente até este ponto, não estabelecendo um sistema de prevalência de valores. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. port. por L. Cabral de Moncada). Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 86-91 e 123-137).

⁹A autonomia do discurso metodológico a partir da incorporação da Filosofia da Linguagem aplicada ao Direito teve como resultado o aparecimento de um metadiscurso linguístico em que se considera não o próprio direito, mas o discurso sobre o direito. O estabelecimento de metalinguagem e metaconceitos importaram no aumento da abstração do Direito, desprezando sua

Compreender, como já mencionado, não se limita ao esforço voltado à apreensão e domínio de um objeto do conhecimento. A compreensão é também a dimensão do esforço intencional direcionado para a realização do homem (Dasein) enquanto conjunto de práticas no mundo das vivências. Recuperado o sentido do compreender sobre esta ótica, a técnica guarda uma função não menos importante que o conhecimento sobre o objeto, já que corresponde ao conjunto das práticas no campo da intencionalidade da vida. Um exercício da técnica que prescindia do reconhecimento desta dimensão resulta no próprio esvaziamento do compreender. Esta foi a lição do projeto de ação do positivismo jurídico.

Como mencionado, a crise do positivismo e formalismo jurídico abriu campo para o questionamento do fenômeno da norma posta. O resultado final, à falta de uma proposta que superasse o problema no direito continental, foi, tanto na vertente axiológica como metodológica, pela manutenção da positivação, porém, com uma relativização de seus conteúdos.

Porém, os efeitos desta crise não se limitaram ao fenômeno da norma. Junto com a perda do prestígio do formalismo e positivismo jurídico, verificou-se a corrosão do sistema representativo nas democracias modernas e a incapacidade deste modelo de estabelecer regras de conduta social. Esta incapacidade dos meios de produção tornou ainda mais forte a crise em torno do fenômeno da positivação do direito. É dentro deste contexto que se presencia, na atualidade, nos povos de tradição do Direito Continental, o aumento da atuação e importância do Poder Judiciário na definição do Direito.

O objeto de investigação desta dissertação é, portanto, o estudo da jurisprudência na atualidade. Pretende-se demonstrar sobretudo que, apesar do momento atual importar no aumento da atuação do Poder Judiciário na definição do que seja o Direito nos povos de tradição do Direito continental, pode existir um confronto desta necessidade com a práxis estruturada a partir de uma ordem de preocupações históricas do homem. Um estudo desta natureza na ordem das idéias tem como preocupação contribuir para ampliar a compreensão sobre os problemas

práxis ainda mais de sua injunção social, com a alienação do direito. Inicia-se, a partir de então, o que o autor denomina como o domínio do irrealismo metodológico (CORDEIRO, António Meneses. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX [Prefácio]. In: CANARIS, CLAUS-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. port. por Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. XXIV-XXVIII.

ligados a um aumento da atuação da Jurisprudência na definição do Direito na atualidade, mas, acima de tudo, a partir do alargamento da compreensão do fenômeno do Direito, a estruturação de uma proposta que preserve as bases do sistema do Direito Continental. Assim, apesar de sua vertente teórica, o presente estudo guarda uma preocupação eminentemente prática, aplicável aos sistemas continentais do direito diante das profundas transformações da realidade social.

1.2. Da crise do positivismo jurídico e formalismo

Segundo Menezes Cordeiro¹⁰, o século XX é marcado por uma letargia no desenvolvimento das idéias no ramo de conhecimento denominado Direito. Diante da frustração com os resultados dos esforços voltados para a construção de um direito previsível – porém, comprometido com a justiça, o pensamento jurídico cingiu-se em perplexidade. Em comum, e no centro de todas as críticas que se sucederam nos mais diversos campos do pensamento jurídico, estão a crise do formalismo e positivismo jurídico¹¹.

O formalismo jurídico, na esteira da tradição cartesiana, propugnou pela possibilidade de conhecimento a partir de critérios lógicos dedutivos obtidos da razão. Parte-se da premissa da possibilidade do conhecimento *a priori*, com o confinamento dos entes em construções abstratas e formulares.

Porém, como visto, o direito corresponde a um fenômeno cultural próprio de seu momento histórico. Isto implica dizer que o Direito não se limita nem se perfaz por meio de fórmulas de compreensão apriorísticas e abstratas, mas sim a partir do problema do pertencimento inerente ao fenômeno, circunstância esta inúmeras vezes destacada por Heidegger e Gadamer dentro do âmbito do problema da compreensão na esteira da analítica existencial.

¹⁰CORDEIRO, António Meneses. op. cit., p. XVI-XXIV.

¹¹Segundo Cappelletti, apesar de fenômeno constante e incidente no mundo afora, o processo de revolta contra o formalismo teve seu foco diversificado em conformidade com a experiência de cada país. Enquanto nos países da Common Law, a crítica deu-se contra o *case method*, nos países da tradição do direito continental os esforços voltaram-se contra o positivismo jurídico (sobretudo na França) e contra o formalismo científico e conceitual (Alemanha). No Brasil, a crítica voltou-se contra a dogmática jurídica (vide nota 7 retro). CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984. p. 19-20.

O Direito se revela, em sua autenticidade, como um fenômeno que já se encontra presente dentro da estrutura existencial das vivências e, a contar desta perspectiva, realiza-se por meio da apropriação espontânea e produtiva de seus conteúdos transmitidos. Trata-se de um fenômeno que se apresenta junto ao mundo das vivências e que a acompanha em aderência a sua evolução. Uma proposta de compreensão do direito a partir de construções formais exige reduções para níveis de generalidade extrema, o que torna as regras de direito diacrônicas com a diversidade de suas ocorrências e, com isso, a necessidade de soluções diferenciadas.

Diante da problemática do pertencimento e das limitações da generalidade das construções abstratas, verifica-se a impossibilidade do confinamento do fenômeno do direito dentro do quadro de prescrições normativas apriorísticas e abstratas, ponto central que cedo apresentou-se ao direito.

Concomitantemente à crise do formalismo jurídico, o século XX foi marcado pela crise do positivismo jurídico. Esta crise revelou-se no âmbito da estrutura interna e externa do fenômeno da norma posta, particularmente a partir da consciência do irrealizável empreendimento da garantia de segurança jurídica assentada tão somente na ficção da norma posta e na simplificação da práxis por meio do cânone da subsunção.

Assim, sob a ótica interna da estrutura do direito positivo, verificou-se a impossibilidade de se expurgar o elemento subjetivo e arbítrio do julgador na aplicação da norma posta. As experiências em torno do problema das lacunas de direito *versus* completude do ordenamento jurídico, a exigência de preenchimento das normas em branco com critérios de valoração e o impasse gerado em torno das situações de contradições de princípios demonstraram a dificuldade – senão a impossibilidade completa, de se eliminar o elemento subjetivo do julgador na decisão dos casos.

Do ponto de vista da manifestação do direito no âmbito das vivências, verificou-se a total incapacidade do positivismo jurídico de dar uma solução adequada às normas injustas. Ao pretender a concreção de um Direito puro, o positivismo despiu o direito posto de juízos de valores como o direito natural, o

que viabilizou, no processo de massificação das sociedades, situações paradoxais de injustiça sob o manto do império da lei.

A constatação de insuficiência da proposta do positivismo e formalismo jurídico em eliminar suas inconsistências no campo da práxis resultou no que Menezes Cordeiro denominou como o paradoxo da segurança do Direito¹². Diante da insuficiência do instrumental positivista e formalista aos desafios de interpretação do caso individual, os operadores do direito – e, em especial, o juiz, passaram a se socorrer de elementos fora dos limites do direito posto, inclusive, no extremo limite, fundado no arbítrio subjetivo do julgador, comprometendo, com isso, a previsibilidade, seriedade e a própria justiça dos julgados.

1.3. A crise do direito dentro de uma perspectiva do método

A crise do formalismo jurídico levantada no século XX, particularmente em decorrência da constatação da incompletude do ordenamento jurídico e, diante da experiência das leis imorais, suscitou fortes críticas ao fenômeno da positivação do direito.

Ao se retomar a evolução do direito continental, pode-se constatar o quanto vincular as atuais dificuldades de articulação do pensamento jurídico ao fenômeno da positivação pode ser precipitada. Isto porque não se pode esquecer que o fenômeno da racionalização do Direito que se seguiu ao fim do período medieval demonstra um avanço constante no sentido de positivação do Direito, em atendimento a uma ordem de preocupações históricas do homem e que se mantém até a atualidade.

Ao lado disso, no âmbito do positivismo legalista, normas postas nem são boas nem más. Elas simplesmente existem, conforme o procedimento de criação legislativa. Ou seja, o problema da lei imoral não está no ato de validação da norma, mas sim naqueles que o antecedem (criação) ou naqueles que o sucedem (aplicação). A crise do formalismo jurídico encontra-se centrada na questão da

¹²CORDEIRO, António Meneses. op. cit., p. XVI-XXIV.

práxis ligada ao Direito – e, portanto, à técnica, e não na norma posta em si. Vê-se, portanto, que uma crítica que se centre na questão do fenômeno da positivação não representa uma crítica ao real problema ligado à crise do Direito.

Uma proposta que pretenda contribuir para a superação do dilema em torno do formalismo jurídico, mas que esteja em coerência com a tradição do sistema do direito continental – a menos que se opte pela via revolucionária, exige a retomada da compreensão do Direito não mais como um ramo de conhecimento autônomo e fragmentado, mas sim a partir de suas raízes originais romanas, que é servir ao homem na solução de suas necessidades em sociedade¹³. A essência do Direito não pode estar aprisionada à pureza do seu objeto, destacada da prática.

O Direito é um fenômeno social e, como tal, não se pode negar sua presença como ente dentro de sua injunção social. O Direito apresenta-se diante do Ser-aí (Dasein) como um ente cuja presença é marcada pela disposição para o uso na situação da existência compartilhada do Ser-aí (Dasein) nesta estrutura do mundo. Quer isso dizer que o Direito somente é compreendido, dentro de uma visão ontológica, a partir (Vorhandene) e para (Zuhandene) o homem.

O Direito autêntico, portanto, somente se apresenta na medida em que se recupere o sentido ontológico fundamental do termo compreender. E compreender, como delineado por Gadamer, corresponde não somente ao conhecimento das coisas (ser entendido em), mas também abarca o conjunto de práticas intencionais do homem a partir da experiência compartilhada (ocupar-se). O positivismo legalista falhou exatamente neste ponto, ao se propor a compreender o fenômeno do Direito descartando de sua análise o aspecto elementar humano cristalizado nas práticas (técnica). Com isso, pretendeu negar ao Direito seu nexos referencial essencial, que é o próprio homem. O Direito corresponde a uma estrutura de relação entre homens e coisas lançadas no espaço e projetadas no tempo. Uma compreensão do direito que não tome em consideração esta análise estrutural (ente, homem, espaço e tempo) jamais será completa.

¹³Conforme lembra Biondi, apesar da praticidade dos romanos, estes não concebiam uma distinção entre teoria e prática. Esta unicidade entre teoria e prática teria sido mantida até o surgimento das noções de codificação e ordenamento jurídico, quando então, segundo o autor, foi o estudo do direito confiado aos práticos, advindo daí a separação entre objeto do conhecimento e prática. Segundo Bondi, apesar do grande progresso científico com os modernos sistemas em direito, houve concomitantemente um crescente abandono da preocupação com a prática. BIONDI, Biondo. *Arte y ciencia del derecho* Trad. esp. por Angel Latorre). Barcelona: Ariel, 1953. p. 32-34.

O avanço do pensamento jurídico, porém, não pode limitar-se à constatação do cerne da crise. De pouca valia seria uma consciência da gênese do problema se toda forma de pensar e articular o conhecimento remanescesse sobre a mesma base de compreensão e representação do mundo. Uma crítica que pretenda buscar um caminho a superar uma crise exige uma alteração do modo de compreender o direito. Seria um equívoco trabalhar com uma concepção meramente normativa do direito, ainda mais fundada em construções abstratas, tendência esta presente nas teorias da representação do qual faz parte o positivismo, em especial, ao modelo de conceituação do direito a partir da tradicional relação sujeito-objeto.

1.4. Do método fenomenológico como proposta de superação da crise do direito

Ao iniciar o Século XX, Heidegger inovou o debate em torno da essência dos entes a partir de uma recuperação original da ontologia fundamental. O objetivo era superar o dualismo cartesiano que fragmentava o conhecimento em categorias como consciência e mundo, sujeito e objeto, entre mundo e consciência. Em seu projeto de superação das ontologias tradicionais, a obra “Ser e Tempo” propõe uma fusão dos horizontes a partir de um novo paradigma de compreensão: a analítica existencial do Dasein¹⁴.

Para Heidegger, a superação da relação sujeito-objeto somente poderia se dar por meio de uma abordagem que recuperasse o sentido autêntico do ser. A analítica existencial propôs-se a realizar uma abordagem fenomenológica da compreensão, para constituir o Dasein na sua situação de lançamento no mundo (In-der-Welt-sein), um ente entre todos os entes existentes no mundo, o único que se sabe no seu existir finito. Compreender, a partir deste ponto, passa a ser dotado de um sentido radical. Não se trata mais de compreender “o quê”, mas sim “a partir do quê” – a saber, a existência do ser.

¹⁴O termo analítica existencial é utilizado no sentido genérico do termo e que inclui a constituição do Dasein tanto no modo de ser existenciário como no modo existencial propriamente dito.

Afirma Heidegger: “im Verstehen liegt existenzial die Seinsart des Daseins als Sein-können”¹⁵. Quer isso dizer que o compreender não se fecha em categorias abstratas e *a priori*. O compreender carrega o sentido existencial da abertura da possibilidade do ser (Möglichsein), a partir da potencialidade do ser (Seinskönnen), em direção à liberdade (Freisein). E porque compreender corresponde a uma condição primária do ser como possibilidade (primär Möglichsein), sob a ótica da analítica existencial, compreender corresponde a um dos modos originários de manifestação do ser na estrutura constitutiva do Dasein (“Verstehen ist das existenziale Sein des eigenen Seinkönnen des Dasein selbst, sozwar, daß dieses Sein an ihm selbst das Woran des mit ihm selbst Sein erschließt”).

A partir da retomada do sentido do compreender, altera-se toda uma configuração do sentido dos entes intramundanos. Em resposta à pergunta o que é o ente, afirma-se “é aquilo que serve para” (es ist zum...), tomado como referencial o Dasein. A projeção da compreensão a partir da retomada originária da questão do ser como possibilidade resulta na reformulação do sentido das coisas que se apresentam no mundo, dispostas a partir do sentido da intencionalidade (Um-zu).

Porém, como possibilidade, o Dasein projeta-se como compreensão do ser (Das Dasein entwirft als Verstehen sein Sein auf Möglichkeiten”). E esta compreensão é dada em reconhecimento de sua finitude e temporalidade. O tempo, portanto, corresponde ao horizonte de realização do ser, sendo nela que se constrói a experiência libertadora do Dasein em superação da fatalidade metafísica tradicional.

Em Heidegger, a retomada da questão do ser como ponto de partida para a compreensão dos entes (modo originário) e de seus modos derivados (como o interpretar, o ocupar-se e preocupar-se) importa em uma verdadeira inversão de seu sentido nas teorias do conhecimento¹⁶. Os entes encontram-se presentes no mundo e adquirem seu sentido intencional a partir da projeção da compreensão do homem sobre sua injunção social. O Direito, sendo produto de criação do homem

¹⁵HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 16. ed. Tübingen: Niemeyer, 1986. p. 142-148.

¹⁶REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43-52.

para a relação entre os homens, não poderia ser diferente na visão sistêmica. O Direito é um modo originário do ser, na situação social.

A fenomenologia em Heidegger busca o ente sem cortes ou compartimentalização. Pretende, com isso, sua reconstituição a partir de uma compreensão dentro da esfera das intencionalidades na existência compartilhada. Neste sentido, o direito, em sua autenticidade, revela-se não somente como norma, mas também por meio de práticas que se reproduzem em sua tradição.

A análise da Jurisprudência que se segue e suas imbricações ao Direito Continental atual dar-se-á por meio do método fenomenológico, a partir dos fatos e em aderência a sua experiência. Quer isso dizer que o desenvolvimento desta dissertação não estará apoiada sobre modelos teóricos, mas sim a partir da projeção da experiência no âmbito do Direito Continental. Modelos teóricos, quando presentes, serão apenas aqueles extraídos da experiência, a partir de marcos históricos referenciais. Advirta-se, porém, que, em se tratando de uma análise existencial da Jurisprudência, a contribuição limitar-se-á a ampliar a capacidade de compreensão do fenômeno, sem propostas de respostas para a solução da crise do direito.

O objeto de estudo, após estas necessárias considerações introdutórias, terá como ponto de partida a identificação das causas do fenômeno do ativismo jurisdicional, mas, em especial, as deficiências do modelo ideal proposto pelo positivismo jurídico para regulamentação do Direito. Buscar-se-á demonstrar, a partir da concepção da separação dos poderes, no plano da experiência, em que medida esta fórmula não mais responde às necessidades em torno do Direito. Dentro de uma compreensão dos problemas enfrentados pelo Direito na atualidade e a incapacidade de seu modelo ideal e abstrato de responder às necessidades existenciárias do homem em coexistência no mundo das vivências, procuraremos comprovar que a imperatividade do fato social e a demanda por soluções aos conflitos então insurgentes estão a arrastar para fora do quadro formal positivista o debate do Direito e a tornar os Tribunais o espaço vital de aplicação, adaptação e, principalmente, criação do Direito.

O processo de análise estrutural do fenômeno, porém, não se limita a uma relação entre objetos e destes com o mundo. O caminho do sentido do ser

somente se torna pleno na medida em que este se vê às voltas com a experiência histórica. O que se pretende, portanto, é rompimento do isolamento do Ser-aí (Dasein) e a reificação do conhecimento. O retorno à essência do Ser-aí exige, portanto, sua noção situada segundo o plano do espaço e tempo. Assim, uma vez identificadas as causas e circunstâncias que impeliram o Poder Judiciário a romper com seu papel originário para um ativismo jurisdicional na esfera de determinação do que é o Direito, buscar-se-á definir, em sequência, no curso do desenvolvimento do Direito Continental, suas origens a partir de uma ordem de preocupações históricas do homem, com a identificação dos principais elementos constituidores da práxis no direito continental.

A identificação dos elementos que orientaram a ação do homem na conformação de um paradigma técnico na tradição do sistema de Direito Continental permitirá melhor compreender e situar os impactos do aumento da atividade jurisdicional na definição do Direito e suas consequências ao Direito Continental.

Partindo da identificação das ordens de preocupações sedimentadas no curso da evolução histórica do direito continental, poderemos melhor compreender os impactos deste aumento do ativismo jurisdicional ao direito continental. De grande importância, porém, antes de qualquer apreciação quanto ao tema é a análise crítica do direito como técnica moderna. Em especial, o debate em torno da técnica revela-se importante para a deflagração de um aspecto que se oculta no direito a partir de uma dinâmica em torno da práxis do Direito: a reificação e absorção do homem na estrutura de armação da técnica.

Tendo por firmado o desvelamento dos possíveis problemas ligados ao aumento do ativismo jurídico em seu desenvolvimento histórico, poderemos finalmente compreender a dimensão das questões ligadas ao fenômeno da Jurisprudência na atualidade, mas, em especial, em que medida sua incidência no direito atual poderá ou não influir na conformação do direito continental.

Natural que a presente pesquisa acadêmica ao partir dos elementos constituintes do conceito de Direito atual, sirva-se de conceitos históricos, políticos e da sociologia do Direito. Porém, por mais que os recursos possam estar a indicar uma proposta cartesiana de análise do tema, no curso do

desenvolvimento desta dissertação, tentaremos, na medida do possível, dentro de uma proposta fenomenológica, dissolver as linhas da análise compartimentalizada entre história, sociologia e filosofia.

PARTE 2. DAS CAUSAS DO ADVENTO DO ATIVISMO JURISDICIONAL: A CRISE DO DIREITO

2.1. Das causas relativas ao aumento do ativismo jurisdicional¹⁷ na definição do direito

A análise da crise do formalismo e positivismo jurídico revelou, sob o viés da teoria tradicional do conhecimento, um paradoxo insolúvel. Isto porque, muito embora o Direito Continental assente o seu funcionamento sobre o dogma da norma posta, na prática, verificou-se ser difícil, senão impossível, eliminar o problema da subjetividade do julgador. Tanto o problema das lacunas no direito como a questão das normas em branco demonstraram que a norma posta não tem como prever todas as hipóteses para julgamento, abrindo, com isso, a possibilidade de arbítrio do julgador em algum grau.

Deve-se mencionar que, para os defensores do positivismo legalista, a questão da incompletude da norma não chega a se apresentar como um problema. Autores como Kelsen justificam que a indeterminação é parte integrante da natureza da norma, já que é impossível que a norma jurídica preveja todas as hipóteses de regramento de conduta.

Além do mais, para estes teóricos, a incompletude corresponde à característica da própria norma jurídica. Neste ponto, Kelsen ressalta que entre normas hierárquicas sempre existirá uma relação de determinação ou vinculação. Assim, na medida em que o conteúdo da norma inferior seja uma execução do

¹⁷Preferimos designar o fenômeno pelo termo ativismo jurisdicional ao invés de direito judiciário, termo este apropriado por Capelletti de Bentham para o desenvolvimento de obra conhecida sobre o tema. A designação ativismo jurisdicional, além de melhor expressar o fenômeno da ampliação da atuação do Poder Judiciário sobre o direito, evita as possíveis confusões com relação ao problema das fontes do direito. Isto porque, ao se afirmar pela existência de um direito judiciário, poderia dar a entender pela possibilidade de uma fonte de produção normativa, no sentido de *creatori di diritto* ou *law-makers*, o que sequer é objeto de cogitação do autor. Para a Capelletti, a despeito da força criativa da atividade jurisdicional, os juízes são demandados a “interpretare, e perciò inevitabilmente a chiarire, integrare, plasmare e transformare, e non dirado a creare *ex novo*, il decreto”. Todas estas atividades, porém, somente se dão a partir de sua aderência ao fato e à experiência concreta, regido pela regra do *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*. Os juízes, portanto, não se movem por vontade ou a partir de interesse próprios ou alheios, mas sim mediante a provocação. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit.

conteúdo da superior, é inerente a esta relação um grau de indeterminação. Kelsen apresenta a imagem do quadro ou da moldura a preencher, sendo o ato de preencher, uma discricionariedade do órgão executor¹⁸.

A justificativa insatisfatória do problema e sua persistência – apesar do quão sagaz possa apresentar a resposta do positivismo legalista, revela que a questão encontra-se para além de uma resposta lógica dentro de um sistema racional abstrato. Por este motivo, no cerne da crise, ao invés de se firmar sua análise pelo prisma do direito, proceder-se-á sua análise pelo viés de seu fenômeno correlato – a saber, o aumento do ativismo jurisdicional l, buscando a análise do aumento de sua importância no direito continental.

É inegável o fato de que o homem, a partir do momento que superou a opressão e as adversidades da natureza, passou a buscar o domínio do entorno por meio da racionalização de suas atividades. Dentro desta ordem de necessidades, o homem sempre procurou organizar sua vida a partir de tipos ideais como modelos interpretativos de sua realidade e, por vezes, orientadores de conduta de ação no mundo das vivências.

A teoria da separação dos poderes corresponde a um destes modelos ideais de racionalização da vida do homem em sociedade e que tiveram grande impacto na evolução das sociedades modernas. Concebido por Montesquieu como proposta para preservação e estabilidade da monarquia absolutista, a doutrina da separação dos poderes assentou-se sobre dois pressupostos. De um lado, na rígida divisão dos poderes do Estado em órgãos distintos entre si (Executivo, Legislativo e Judiciário). De outro, na organização dos poderes de forma independente, para permitir uma fiscalização limitadora – princípio este conhecido como freios e contrapesos.

Como consequência prática do reconhecimento da separação dos poderes como modelo de racionalização do poder estatal, houve, no âmbito do direito, uma clara delimitação entre o papel de produção (a cargo do Poder Legislativo), de aplicação (Poder Judiciário) e de execução (Poder Executivo).

¹⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. port. por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 463-473.

Embora todos os Estados Modernos, sem exceção, ao assumirem-se como Estados Democráticos de Direito, tenham buscado reproduzir o modelo clássico da tripartição dos poderes, na prática, não foi possível a manutenção das formas puras preconizadas no programa de ação de Montesquieu. Como ver-se-á a seguir, no âmbito do fenômeno do Direito, vê-se, na atualidade, mais uma absorção de competências de um poder pelo outro do que um exercício de fiscalização segundo o conceito de freios e contrapesos. Neste fenômeno de diluição das fronteiras de ação, o Poder Judiciário foi o poder que manteve mais fiel à fórmula da tripartição de poderes.

A presente seção visa firmar a análise das causas do aumento do ativismo jurisdicional na definição do direito em sociedade. Na investigação das razões do aumento da atividade jurisprudencial no direito, seria por demais precipitado fundar suas causas tão somente no formalismo e positivismo jurídico. Assumir tal postura em simplificação da ordem dos problemas ligados à crise do direito moderno resulta na medida equivocada de lançar todas as vicissitudes do tema à concepção do direito como norma.

Sob uma ótica da analítica existencial, preconiza-se a análise do problema dos entes a partir do retorno do ser. Daí porque, no âmbito da retomada da questão do ser, o desvelar da crise do direito encontra seu epicentro não no problema da norma, mas sim nas práticas intramundanas do ser-aí (Dasein). Estas práticas a que nos referimos são aquelas espelhadas na evolução dos Estados em aplicação à teoria da separação dos poderes. Pretende-se demonstrar, portanto, que sob uma ótica existencial, a crise do direito tem como gênese a inoperância dos meios tradicionais de criação de normas vinculadoras de condutas, mas, em especial, do Poder Legislativo atender às exigências da sociedade em termos de regulamentação do Direito. Esta incapacidade do homem de produzir consensos a partir do ideal da representação das vontades e os desdobramentos desta situação no desenvolvimento do sistema da separação dos poderes é que resultaram na deflagração do aumento do papel da Jurisprudência na definição do direito, como um fator de resposta dos homens a este período de crise da positividade do direito e de suas instituições.

Duas advertências fazem-se necessárias neste ponto. A primeira, quanto à delimitação do objeto de análise. Por evidente, apesar de se sentir o aumento do fenômeno do ativismo jurisdicional tanto no direito continental como da *Common Law*, o presente estudo restringe-se à análise do fenômeno e seus efeitos práticos nos povos de tradição do direito continental.

A segunda refere-se à multiplicidade e peculiaridades de experiências vividas pelos povos do direito continental. Apesar do aumento do ativismo jurisdicional ter-se dado, grosso modo, a partir da crise das instituições e do desgaste do modelo positivista e formal de conceber o direito, suas manifestações deram-se dentro de contextos históricos, políticos e jurídicos os mais variados, em conformidade com a experiência e as peculiaridades de cada país. Em razão da complexidade do tema e das limitações da presente pesquisa, buscaremos delinear, em linhas gerais, os traços constitutivos de cada uma das causas, sem descermos a pormenores. Eventuais peculiaridades decorrentes da experiência de cada país, quando necessário, serão objetos de anotações marginais, contribuindo, com isso, a uma mais clara exposição das matérias.

Emparelhado com a crise do positivismo e formalismo jurídico, quatro são as causas atuais do aumento do ativismo jurisdicional nos povos de tradição do Direito Continental: (a) a crise do modelo tradicional de produção legislativa; (b) a ampliação da administração estatal sobre a regulamentação da sociedade; (c) a decadência do modelo monopolista estatal de controle e produção do Direito; e (d) a efetivação dos direitos fundamentais e ampliação dos direitos de defesa e acesso à justiça segundo a regra do *no liquet*.

2.2. A crise da produção legislativa. A corrosão do regime de representação parlamentar. A perda do sentido de cidadania e o isolamento do indivíduo

É corrente, na linguagem política, a contraposição da Sociedade Civil ao conceito de Estado. Seja como acepção pré-estatal, anti-estatal, não-estatal e até mesmo pós-estatal, o termo sociedade civil encontra-se intrinsecamente ligado

ao conceito de Estado. Trata-se do espaço da ação e da preservação das liberdades individuais associadas aos direitos fundamentais¹⁹.

Na medida em que a sociedade civil é concebida como o espaço das liberdades individuais, uma restrição que venha ocorrer a este âmbito não pode partir de um comando unilateral, mas sim a partir de um ato de vontade. Esta é a função conferida ao Poder Legislativo na divisão dos Poderes. Ao se reconhecer ao Poder Estatal uma limitação de sua esfera de ação fruto da declaração dos direitos fundamentais, tal restrição, para que seja efetiva, resulta no reconhecimento do legislador como o poder responsável por conservar e organizar as liberdades individuais, de forma administrar os interesses sociais.

Fruto da experiência da Revolução Gloriosa e das lutas contra o absolutismo, a primazia da idealização do Poder Legislativo encontra-se no Segundo Tratado sobre o Governo Civil de Locke. Por meio desta obra, o autor atribuiu, de forma exclusiva, a competência ao Parlamento de estabelecer regras de direito gerais e impessoais. Posteriormente, esta concepção foi absorvida por Montesquieu, que buscou delimitar as formas puras da divisão dos poderes em sua obra “O Espírito das Leis”.

A divisão de poderes é tida, nas democracias ocidentais, como princípio basilar de preservação dos direitos do homem, mas também, como modelo de organização eficiente do Estado. Apesar de sua implantação nos estados modernos em geral, verifica-se, na atualidade, uma crise legislativa. Esta crise não se encontra centrada na questão dos desvios de funções ou interferências recíprocas ocorridas entre governo e parlamento²⁰, mas sim a duas questões intrinsecamente ligadas na experiência dos países de direito continental: de um lado, como componente político-jurídico, a incapacidade de produção de leis em atendimento às necessidades sociais; e, de outro lado, como componente político, a crise de representação.

¹⁹A distinção entre Estado e Sociedade Civil, como destaca Bobbio, advém da contraposição política entre relações reguladas pelo Estado (política) – portanto, do *imperium* como comando superior (*iudex super partes*), daquelas não reguladas pelo Estado (não político) e que englobam a livre regulamentação de seus próprios interesses (*iudex in causa sua*) (*Opus cit.*, p. 34).

²⁰Como observa Zippelius, apesar de nas democracias ocidentais a separação dos poderes ser considerada princípio basilar, esta nunca foi e é levada a cabo de forma rigorosa. O sistema de divisão de poderes não exclui nem jamais excluirá as exceções à divisão, não sendo raras as previsões constitucionais excepcionais à rígida teoria da separação dos poderes. ZIPPELIUS, Reinhold. *Die Gesellschaft der Individuen*. 3. ed. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1987.

Sob a ótica político-jurídica, dentro da tradição do Direito Continental, estabeleceu-se, a partir do fenômeno da produção legislativa estatal, a exigência da vinculação do Direito à forma. Somente se reconhece o atributo de Direito às prescrições de condutas submetidas ao procedimento de criação a partir da vontade manifesta pela maioria representada.

Esta representação do dogma da vontade geral foi concebida para um Estado limitado às funções tradicionais de repressão e proteção da propriedade – características dos estados liberais. Porém, com a evolução do *état-gendarme* para o Estado do Bem Estar Social, evidenciou-se a incapacidade do legislador de acompanhar e adaptar-se à evolução das exigências sociais. O resultado desta incapacidade de regulamentação dos temas em direito a partir do *Welfare State* foi a delegação de poderes do legislador ao órgão executivo, com isso, conferindo os meios para regulamentação de matérias que passaram a exigir decisões mais céleres e prontas.

À incapacidade do legislador de produzir regras vinculativas de condutas às exigências sociais somou-se ainda a crise da representação dos integrantes do Parlamento. Segundo a teoria da representação política, os parlamentares correspondem, no âmbito político, à expressão da vontade geral. Tratam-se dos representantes do povo e para os quais é conferido um mandato para representação de seus interesses.

A experiência política nos países de tradição do direito continental, nestes casos, mesmo excluindo-se os casos de interesses egoísticos, demonstrou que poucos são os parlamentares que detêm conhecimento sobre o procedimento e mesmo sobre as matérias objeto de regulamentação em leis. Como consequência, impera, nestes casos, não a vontade do parlamentar, mas sim a orientação dos dirigentes partidários. Os parlamentares passaram a ser, na expressão de Ripert²¹, “le représentant d’un parti” e não da vontade geral, desvirtuando-se, com isso os poderes políticos do mandato concedido.

Pior, por se identificarem com os interesses de um partido, os parlamentares acabam por seguir a lógica das coalizões majoritárias, passando a

²¹RIPERT, Georges. *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. 1949. p. 25-27.

ser massa de manobra nas formações políticas e colocando o mandato obtido da representação da vontade geral na mesa de negociações como moeda de troca para obtenção de vantagens e concessões recíprocas.

Na medida em que leis são concebidas a partir de uma contraposição de opiniões, pode-se constatar o quanto o quadro apresentado esvazia a questão da representação, com prejuízo direto qualitativo à produção de leis, gênese da crise do direito continental²².

Contra esta crise da produção legislativa e da representação política parlamentar, não houve, por parte da sociedade civil, uma resposta à altura, com a rearticulação das instituições políticas e superação da concepção da representação política pela vontade geral. Pelo contrário, em meio a esta crise, verifica-se um processo de anomia do homem político. Sem iniciativa e sem capacidade de reflexão política, o homem apenas cumpre formalidades do processo político e acredita, com isso, contribuir para o exercício do regime democrático.

O fenômeno da individualização da sociedade repousa na atomização da experiência social, com o isolamento do homem do espaço da coletividade. Cada indivíduo é responsável pela condução de seu plano de vida, sendo o único responsável por suas escolhas. Por isso mesmo, também, cada indivíduo deve assumir um papel ativo para assegurar sua inclusão na sociedade. Apesar da individualização da sociedade dar a aparência de diminuição da esfera de ação estatal, na prática o resultado é o inverso.

Apesar da proposta com contornos neoliberais, conforme observa Canotilho²³, diante do fato de que o indivíduo circula em sistemas funcionalmente diferenciados (família, trabalho, formação e qualificação, transporte, saúde, consumo), sempre existirá o risco da não inclusão nos esquemas prestacionais, o que importa no aumento das atribuições do Estado Social.

²²Particularmente quanto à experiência francesa, Ripert lembra ainda da influência de grupos de pressão extraparlamentares, como o sindicalismo e associações de classe. Referidas instituições atuam de forma ativa sobre o Poder Legislativo, minando, com isso, a liberdade de exercício da atividade legiferante. RIPERT, Georges. op. cit., p. 27-36.

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”) In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-22.

2.3. A ampliação da atuação do Estado no campo social: o advento do *welfare state* e da inflação normativa

O Estado foi engendrado pelo homem com a função de coordenação da conduta humana, dirigindo-a para a consecução da vida comum em sociedade²⁴. O Estado, em sua gênese, surge como garantidor da ordem pública, estabelecendo a proteção e repressão aos comportamentos contrários aos interesses do corpo social. Portanto, em suas origens, dentro da perspectiva liberal, o Estado teria como função garantir a livre concorrência, assegurando a igualdade de acesso e condições por meio de atos tendentes a sanar problemas ligados a interesses da coletividade como educação, saúde e segurança. Para o cumprimento destas funções, o Estado absorveu não somente o poder de reconhecimento do que é Direito, mas também e principalmente, de monopolizar sua produção.

Apesar do liberalismo estar assentado no livre jogo da produção econômica, o reconhecimento das distorções do modelo liberal a partir da experiência e a necessidade de avanço aos direitos sociais acabaram por romper a rigidez da separação entre os espaços público e privado, levando à interferência do Estado no âmbito de atuação originalmente restrito da sociedade civil (economia).

Esta majoração da atuação do Estado resultou em evidente aumento da complexidade da burocracia estatal, com a estruturação de uma máquina gestora das condições de vida em sociedade. O aumento das atribuições do Estado – com a interferência direta na produção capitalista para evitar as crises de produção, marca a passagem do conhecido modelo do Estado Liberal repressor para o *Welfare State*.

Para que pudesse dar conta da ampliação da administração pública na gestão social, apresentou-se, como ferramenta essencial para cumprimento das funções assumidas, a apropriação da função legiferante como via de efetivação do modelo promocional. O modelo de administração e controle social marcado pelo

²⁴Esta função, como bem assevera Ferraz Jr. somente foi possível na medida em que se consolidou o conceito de soberania estatal como um poder separado e distinto dos cidadãos e de caráter contínuo e permanente na vida dos homens. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179.

Estado Legislador acabou resultando em uma pesada estrutura, e que, centrado no complexo procedimento burocrático, acabaria por estagnar-se, na medida em que os mercados no último quartel do século XX passaram a vivenciar a globalização das economias mundiais.

A progressiva burocratização estatal, marcada pela profusão da produção normativa, redundou em uma inflação legislativa²⁵, com uma enxurrada de leis, decretos, portarias, atos normativos, rompendo com a pretensão de criação de um sistema lógico normativo e tornando o Direito um conjunto contraditório de manifestações. Com isso, passou a ser tarefa do Poder Judiciário resolver os conflitos jurídicos oriundos desta massiva produção de normas²⁶.

2.4. A decadência do modelo monopolista estatal de controle e produção do direito

Na medida em que o *Welfare State* estendeu seu campo de ação para as mais diversas áreas, houve, como mencionado anteriormente, um aumento descontrolado da produção normativa – situação esta que demandou maior atividade do Poder Judiciário na solução dos problemas criados pelo excesso de normatização pelo Poder Executivo.

A este quadro complexo, soma-se o que Faria denominou como o fenômeno da erosão do monismo jurídico²⁷. A partir do fenômeno da globalização

²⁵É bastante curioso o paralelo que Faria traça entre inflação legislativa e a econômica. Em ambos os casos, o descontrole em torno da produção resulta em uma insegurança generalizada em suas respectivas áreas. Assim, como a inflação econômica corrói a base monetária da relação econômica, uma produção legislativa desenfreada traz a dúvida em torno da certeza jurídica, deixando em suspensão relações jurídicas entre sujeitos de direito. A incerteza, porém, não se limita aos sujeitos de direitos, mas irradia seus efeitos à coerência do sistema, tirando o sentido relacional entre normas primárias, secundárias e as de decisão. E é exatamente nesta variabilidade e volatilidade dos dispositivos, por sua vez, que residiria, na visão do autor, uma das causas ao aumento do poder e discricionariedade dos juízes na vida política, social e econômica, já que, para solucionar suas incoerências, as demandas por interpretação passam a ser contínuas, com sua definição no momento de sua aplicação (FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 128-140).

²⁶Para Cappelletti, o aumento da atividade do Poder Judiciário em decorrência da apropriação e aumento da esfera de ação do Estado (político, administrativo e legislativo) corresponde a um verdadeiro contrapeso segundo o princípio democrático do *checks and balances*. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 9 e ss.

²⁷FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 15 e ss.

e de sua inserção na ordem internacional, reconheceu-se a incidência de diversas ordens normativas autônomas paraestatais dentro da fronteira de um Estado e que passaram a reivindicar pelo reconhecimento de aplicação de seus regramentos em superposição ou em paralelo à ordem estatal.

Estas ordens normativas autônomas advêm principalmente de uma nova ordem econômico-social oriunda da globalização das economias e da transnacionalização de mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. Diante de posturas convergentes e divergentes em torno dos capitais estrangeiros, guiado pela integração econômica a partir da lógica da maximização da acumulação, o problema das relações advindas desta nova realidade passou a ser constante no âmbito interno e externo do Estado e Sociedade Civil.

Nesta era globalizada, capitais migratórios e fluídos propõem a expansão de direitos e interesses econômicos sobre os Estados, os quais muitas vezes aceitam suas condições em prol de uma expectativa de investimento de capitais temporária. Com isso, são firmadas pressões econômicas e sociais, como a ingerência direta na esfera regulatória do Estado nas áreas sociais (legislações trabalhistas, previdenciárias, etc.) e tributária e fiscal.

Diante deste quadro complexo, à míngua de posturas coerentes do Estado em torno dos efeitos da transnacionalização dos capitais ou até mesmo sua parcimônia em sua não regulamentação, acresceu-se à tarefa do Poder Judiciário regulamentar os vazios deixados pela ausência de regulamentação pelo Estado.

Por fim, a este quadro desconexo e contraditório de leis somou-se o fenômeno do aumento da efetividade das normas em direito internacional, a partir da recepção e incorporação de direitos, deveres e obrigações frutos de tratados internacionais e de cooperação. Questões como, por exemplo, medidas antiterror, de controle de fluxos migratórios e direitos humanos passaram a ser pontos da agenda comum entre os Estados, aumentando o grau de incidência de conjunturas externas no âmbito do direito dos estados

Particularmente importante e remodeladora da realidade dos Estados é o fenômeno da ampliação do reconhecimento dos direitos humanos, em especial com o advento da 3ª geração dos direitos humanos – os chamados direitos de

solidariedade. Verifica-se a consciência diante de novos desafios ligados à qualidade de vida e solidariedade entre os povos. Estas novas questões passaram a ser pontos de atrito com as políticas desenvolvimentistas dos Estados, já que ampliam o âmbito de salvaguarda dos direitos do ser humano, diminuindo a esfera de prerrogativas do Estado.

Em razão da globalização e a interligação dos mercados nacionais e internacionais, o quadro atual é marcado pela intensificação da normatização internacional de interesses sobre as cartas constitucionais, aumentando o que Piovesan²⁸ denomina como “bloco de constitucionalidade”. Conforme aponta a autora, ao mesmo tempo em que se testemunha o processo de internacionalização do direito constitucional, vemos paralelamente o processo de constitucionalização do direito internacional.

Apesar do progressivo fenômeno de recepção das normas internacionais, tema tortuoso corresponde à universalização e implementação de sua proteção no âmbito dos Estados, já que, neste sentido, na maioria das vezes é o próprio Estado o violador dos direitos humanos.

O aumento da incidência de regras de direito internacional bem como a imposição de regras paraestatais oriundas da globalização de mercados e de capitais transnacionais romperam com o monismo jurídico, levando o juiz a deparar-se com problemas jurídicos ainda maiores em razão dos conflitos normativos a partir do emparelhamento de direitos de diversas ordens e naturezas em concorrência com o estatal.

2.5. A efetivação dos direitos fundamentais e ampliação do acesso à justiça a partir da regra do *non liquet*

Com a superação dos regimes autoritários e a implantação das democracias de direito, as sociedades ocidentais viram, no curso da segunda metade do século XX, o renascer do tema dos direitos fundamentais e a retomada

²⁸PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

da Constituição Federal como carta máxima garantidora de direitos universais do homem.

O reconhecimento em torno da adoção dos regimes democráticos e sua efetividade, porém, não poderia restar encerrada na mera declaração de direitos. Conforme ensina Canotilho²⁹, é na idéia de “liberdade igual” que se estrutura o princípio democrático, na medida em que (a) consolida o postulado de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos; (b) estabelece a necessidade de garantia dos direitos de liberdade como substrato para exercício da liberdade e igualdade; e (c) estabelece como meta a erradicação da desigualdade entre os homens. Segundo o autor, a juridicidade, sociabilidade e democracia exigem uma base que se apoia não somente nos direitos fundamentais da pessoa, mas também envolve os chamados direitos sociais. Do reconhecimento desta liberdade igual pelo Estado é que se confere a reivindicação por igual possibilidade de inclusão do homem por direitos sociais.

Porém, a crise do Estado a partir da retomada dos ideais neoliberais acabou levando ao não cumprimento dos direitos fundamentais, com ameaça à efetivação da promessa de igualdade de inclusão e de acesso. Diante do embate entre os direitos fundamentais e a anomia do estado, o tema da efetivação das garantias constitucionais passou a ser objeto recorrente nos tribunais. Porém, quando estas questões sociais passaram a serem objetos de pleitos perante os tribunais, verificou-se a incapacidade de criação de mecanismos suficientemente habilitados a responder a estas exigências³⁰.

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 20-22.

³⁰O balanço da experiência em torno dos direitos sociais revelou-se nada animador. Para Canotilho, “ao fazermos o trabalho de casa para elaborar esta intervenção, resolvemos interrogar-nos sobre o acerto teórico e dogmático das nossas anteriores incursões pelo tema da ‘socialidade estatal’ e pela ‘constituição dos direitos económicos, sociais e culturais’. Temos de confessar que o resultado, em termos práticos, não é animador. Resolvemos, por isso, revisar o tema, desde logo porque se assiste as inquietantes regressões, nos planos doutrinário, metodológico e jurisprudencial, quanto a concretização dos princípios da socialidade nos estados de direito democráticos. Vejamos, *per summa capita*, as nossas anteriores posições sobre o problema. Em trabalho intitulado ‘Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais’ procuramos fazer um estudo analítico-estrutural sobre a ‘posição jurídico-prestacional’. O nosso objetivo era recortar uma *posição jurídico-prestacional* com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa. No entanto, embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações essenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora: (i) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; (ii) são consideradas mais como dimensões do direito, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da

Por fim, ainda em observância ao princípio da igualdade prevista em constituições, a partir da retomada dos regimes democráticos, buscaram os estados implementar programas de efetivação da defesa de direitos em juízo e facilitar o acesso à justiça. A ampliação do acesso à justiça corresponde a movimento em favor da universalização da jurisdição, uma medida que visa conferir de forma indistinta a proteção aos direitos violados, independente da condição da vítima. Referidas medidas também contribuíram para aumentar a atividade jurisdicional.

2.6. Conclusão quanto às causas do aumento da atividade judiciária

O desenvolvimento desta primeira parte demonstrou que o aumento da atividade judiciária é consequência e prolongamento da crise que se sucedeu ao agigantamento do Welfare State. Este, por sua vez, na medida em que promoveu o aumento da regulamentação e interferência na sociedade civil, tem como fonte de origem a perda da capacidade do Poder Legislativo em regulamentar eficientemente a sociedade e suas transformações. Apesar disso, a chamada crise da representação parlamentar não gerou qualquer mecanismo reativo, não se apresentando formas alternativas de representatividade que pudessem superar o impasse em torno do modelo tradicional de produção de direito.

Na medida em que houve o aumento da intervenção do Estado no campo promocional, foram criadas e construídas estruturas burocráticas para coordenação da atividade estatal. Juntas – Estado e burocracia, passaram a regulamentar e legislar sobre as mais diferentes matérias, de forma desordenada, gerando uma verdadeira inflação normativa. Como consequência do excesso de normas, suas incoerências passaram ser objeto de apreciação do Poder Judiciário.

Ao lado da impotência do Poder Legislativo em regulamentar a conduta dos homens, bem como as contradições derivadas da inflação normativa gerada pela ampliação dos poderes da Administração, somaram-se às demais crises as

personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e (iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em *deveres* objetivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da constituição. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 11-12.

questões ligadas ao fenômeno da globalização dos mercados. Questões ligadas a fluxo migratório de capitais e ampliação da esfera de influência dos direitos humanos ingressaram na ordem do dia das agendas internacionais. Porém, na medida em que para os novos temas, vem se verificando a omissão ou mesmo o comprometimento do Estado por interesses os mais diversos, referidos temas passaram a exigir uma intervenção jurisprudencial cada vez maior.

Por fim, o escoamento dessas questões advindas do direito acabou sobrecarregando o Poder Judiciário, gerando praticamente uma inflação de demandas e que, da mesma forma que a inflação legislativa, aumentou a sensação de crise em torno do direito. A impotência do Poder Judiciário revelou-se não somente em razão da incapacidade de pronto atendimento às demandas segundo a regra do *non liquet*, mas também porque referida instituição não se encontra aparelhada com mecanismos suficientes a fazer face às novas exigências sociais, mas em especial, as crescentes reivindicações em torno de direitos de inclusão social, representados pelo a partir dos novos direitos econômicos, sociais e culturais.

PARTE 3. A PERDA DO SENTIDO DA TÉCNICA

3.1. Considerações iniciais sobre direito e técnica

O aumento do ativismo jurisdicional e da jurisprudência na atualidade encontra lastro na crise do direito. Como visto na seção anterior, por crise do direito não está a se falar em uma crise no plano da norma. A crise do direito refere-se preponderantemente a uma crise do homem, na medida em que, no que se refere ao direito que se apresenta (Vorhandene), perdeu o homem a capacidade de sua ocupação (Zuhandene).

Ao redimensionarmos a questão da crise do direito a partir de sua retomada como parte do problema do ser (não do direito como objeto de conhecimento), pudemos verificar, dentro do âmbito da ocupação do direito, uma crise institucional ligada ao programa de racionalização da tripartição dos poderes.

Advirta-se que a crise ligada à repartição dos poderes não se encontra centrada no plano da subjetividade dos intitulados operadores do direito. Aceitar uma assertiva como esta representaria lançar o problema da crise do direito no campo do relativismo da ética e do problema do valor. A análise da crise do direito a partir do homem está centrada no campo da preocupação (Besorge) e ocupação (Sorge) do ser, espaço este em que ocorrem as práticas entre homens em sua injunção social.

Com o advento do Estado Moderno, o Direito deixou de se reger pela casuística da necessidade dos homens e passou a ser admitido como uma técnica de ação e transformação da sociedade. Compete, a seguir, firmar uma análise da questão do direito como técnica, demonstrando em que medida esta aproximação entre direito e técnica contribui para um aumento da crise do direito.

3.2. A questão da técnica³¹ em Heidegger

Contemporâneo ao surgimento do sistema capitalista foi o advento do modo de produção capitalista, alicerçado em técnicas modernas³². O uso das chamadas técnicas modernas assegurou não somente o aumento quantitativo como qualitativo da produção, lançando as bases para o desenvolvimento do modo de produção ora dominante nas sociedades modernas. Mas o que seria esta técnica moderna e qual a sua essência? O uso da qualificação “moderna” geraria algo distinto da técnica concebida pelos antigos?

Os dilemas em torno da questão da técnica foram objeto de reflexões de Martin Heidegger em sua conferência “Die Frage nach Technik”. Em sua preleção dada à Escola Superior Técnica de Munique, Heidegger busca, em coerência a sua perspectiva ontológica de pensamento do ser, analisar o fenômeno da técnica moderna. Ao tratar da técnica, de forma genérica, Heidegger não se refere à tecnologia presente nas máquinas ou maquinários. A concepção de técnica significa o conhecimento que tem como objetivo as coisas³³.

Sobre este ponto de vista, afirmar abstratamente e genericamente que a técnica corresponderia a um meio do fazer humano³⁴ seria uma definição inócua da

³¹A análise firmada neste capítulo parte do pressuposto levantado por Ortega y Gasset acerca do caráter elementar e necessário (por isso, também existencial) da técnica à vida humana, sem o que, para o referido autor, “el hombre no existiría ni habría existido nunca”. A técnica apresenta-se como condição *sine quibus non* da existência do homem, o elemento que permitiu superar seu estado de necessidade em natureza e a atuar na esfera da sociedade. Apesar de seu caráter existencial no destino do homem, como ressalta o autor, a técnica e suas questões sempre foram relegadas a um segundo plano, desconsideradas como ramo do saber pelas Universidades e limitadas apenas em cursos técnicos (ORTEGA Y GASSET, José. op. cit., p. 21-37).

³²Para fins da presente dissertação, considera-se a técnica como um dado presente no nível da existência do homem no mundo, sem a necessidade da busca antropológica do seu sentido. Uma análise filosófica a partir do conceito antropológico pode ser obtida em Ortega y Gasset (ORTEGA Y GASSET, José. op. cit., p. 21-37).

³³Neste sentido, TODOROKI, Takao. Estado, tecnologia e guerra no pensamento de Heidegger e na Escola de Kyoto. In: LOPARIC, Zeljko (Org.). *A Escola de Kyoto e o Perigo da Técnica*. São Paulo: DWW Editorial, 2009. p. 128.

³⁴A definição da técnica como meio para o alcance de finalidade, bem como um fazer humano, engloba não somente o agir do homem, mas também o que Heidegger designa como instalações (Einrichtung), ou seja, instrumentos, aparelhos e máquinas prontadas e empregadas para o atendimento de fins e necessidades do homem. O caráter instrumental e de seu domínio com vistas à destinação traçada pelo homem é o que Heidegger designa como “determinação antropológica da técnica” (“instrumentale und anthropologische Bestimmung der Technik”) (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*. *Cadernos de Tradução do Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 2, p. 42-43, 1997).

questão. Isto porque a definição pode ser correta em sua generalidade³⁵ e essencialmente válida para o que podemos denominar técnica tradicional (manual, segundo Heidegger). Porém, é discutível sua adequação às técnicas modernas, em especial dado o traço essencial de domínio que envolve a questão. A afirmação quanto à insuficiência da definição da técnica como meio e fazer humano para sua compreensão é gritante quando se compara a técnica de uma serraria em um vale perdido da Floresta Negra e aquela empreendida em uma hidroelétrica no rio Reno.

Não há dúvida que, em ambos os casos, estamos falando da técnica. Porém, apesar de ambas adequarem-se à definição corrente de um meio e um fazer humano, é evidente o sentimento de diferença que pesa entre ambas. A questão que se apresenta em torno da técnica, portanto, não é tanto ao que esta seja³⁶, mas sim a sua essência, e é somente por meio desta que se permitirá distinguir entre a técnica dos antigos e o que se denomina técnica moderna.

Ao voltarmos-nos à esteira da tradição do pensamento ocidental, verifica-se que a essência da técnica corresponde ao desocultamento de um produzir. A tradição filosófica dos antigos definiu que toda a matéria tem a potencialidade para o ser e o não ser. Para aquelas com capacidade de ser, estabeleceu o conceito de causa³⁷. As quatro causas (*causa materialis*, *causa*

³⁵Trilhando o ensinamento platônico, Heidegger releva que nem sempre o que é correto é verdadeiro. O correto como aparência do verdadeiro encobre a essência do ente, afastando do que é verdadeiro. Este é, por exemplo, o problema da questão da neutralidade da técnica. A afirmação de que toda a técnica é neutra pode ser correta, mas longe está de ser a verdade, principalmente perante a técnica moderna. Somente a verdade é que possibilita uma relação autêntica do Dasein com a técnica tradicional (manual) e a moderna. (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p. 43-45).

³⁶A alusão à essência da árvore como “was jeden Baum als Baum durchwaltet, nicht selber ein Baum ist, der sich zwischen den übrigen Bäumen antreffen lässt” revela que a manifestação de um ente singular não permite identificar o que seja a essência de uma coisa. A técnica não se confunde com o seu atributo. Algo que é de forma individualmente técnico não corresponde à essência da técnica. A essência da técnica somente é desocultada na medida em que se identifique, nas suas mais diversas manifestações, a perenidade do traço comum (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p. 40-41).

³⁷Vale ressaltar que o que tomamos como causa é o que os gregos antigos denominavam por comprometimento (*Verschulden*). O comprometer nada mais é do que o pertencer que leva à confirmação da subsistência. O exemplo do libatório trazido por Heidegger evidencia que a prata (*causa materiae*) está comprometida com o formato da taça (*causa formalis*), que, por sua vez, visa o culto (*causa finalis*). Porém, o formato da taça para o culto é somente obtido a partir do domínio do fazer pelo forjador (*causa efficiens*). Os gregos antigos desconheciam o que a posteridade consagrou como o efeito do fazer. A reunião dos demais modos de comprometimento pelo forjador é realizada pelo *logos*, que significa “levar à luz” (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p. 50).

formalis, causa finalis e causa efficiens) analisadas de forma conjunta correspondem ao atributo dos entes no modo de ocasionar (estar disposto e estar preparado) – o porvir. O comprometimento³⁸ contido nestes quatro modos de ocasionar resulta no aparecer no sentido de liberação da não-presença.

A técnica, portanto, corresponde ao comprometimento das quatro causas, direcionadas no sentido de levar a não-presença à presença, ou seja, o produzir. A produção da presença a partir do desocultamento dos quatro modos de ocasionamento é denominada por Heidegger como o “desabrigar da técnica”. O desabrigar (*Entbergen*) da técnica, porém, não corresponde à reunião aleatória dos quatro modos de ocasionamento, mas, pelo contrário, na possibilidade do manuseio e domínio do *instrumentum*, do aprontar que leva à produção de algo³⁹. Quando o desabrigar da técnica corresponde à exata representação daquilo que ocasiona o oculto, estaremos no âmbito da verdade.

O desabrigar da técnica reside, sobre a ótica até então apresentada, no fazer, no poder manual, a mesma presente no produzir. Mas a técnica possui outro sentido, que é ter uma boa compreensão de algo. Todo fazer ou produzir exige o conhecimento dos quatro modos de ocasionamento para levá-los adiante. A verdade do desabrigar e do desocultar reside, portanto, não somente no surgimento daquilo que está oculto, mas também nesta compreensão e domínio das quatro causas necessárias para o surgimento do oculto e não-presente.

Segundo Heidegger, a técnica moderna também corresponde a um desabrigar no sentido aristotélico. Porém, este desabrigar, ao contrário da essência da técnica dos antigos, não reside somente no levar adiante no sentido de produzir, mas sim a um desafiar da natureza (*Herausfordern*) por meio da extração e armazenamento de energia, segundo preceitos de eficiência, economia e planejamento.

³⁸O comprometimento refere-se à relação entre as quatro causas (ou modos de ocasionamento) da matéria no sentido de estar disposto (*Vorliegen*) e estar preparado (*Bereitliegen*) para o surgimento do oculto. (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p 50-51).

³⁹Conforme esclarece Heidegger, técnica em sua origem remonta ao bom conhecimento e compreensão de algo. Toda a produção exige o conhecimento da substância das coisas, com o aprontamento do aspecto e matéria das coisas direcionadas à produção da presença daquilo que se encontra oculto na matéria (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p. 54-55).

Este desafiar da natureza encontra estreita conexão com o conhecimento advindo das ciências modernas, em especial, com a noção de racionalização e cálculo constante nas ciências da natureza. É errônea, portanto, a afirmação de que a técnica moderna corresponderia à ciência aplicada. Pelo contrário, a ciência moderna é precursora da racionalização do conhecimento surgido a partir dos desafios apresentados da subsistência. Toda ciência que se possa dizer moderna, portanto, submete-se ao imperativo de sua adequação à exigência dos desafios da natureza e subsistência do homem e, neste sentido, somente precedem a técnica na medida em que representam a busca do domínio da natureza.

O desafiar da técnica moderna é mais do que o desabrigar da não-presença, ou seja, o produzir. A técnica moderna abrange o produzir, armazenar e o distribuir das coisas. A essência da técnica moderna é o desafiar da natureza, por meio da disposição (*stellen*) das coisas visando o máximo de proveito com o mínimo de despesas. Neste sentido, a técnica moderna corresponde a um desabrigar com um escopo da subsistência (*Bestand*)⁴⁰, no sentido de manutenção da eficiente direção da energia⁴¹ e consumo dos bens.

A técnica moderna incrementa o sentido do levar adiante da técnica por meio da disposição, visando o bom funcionamento e circularidade da produção. Este pôr (*stellen*) à disposição e organização das coisas no sentido do desafiar a natureza corresponde ao que Heidegger denomina Armação (*Gestell*).

Diz-se que a técnica moderna corresponde a um desabrigar com vistas à subsistência do homem. Todo o desafiar da natureza constante da técnica moderna somente se justifica na medida em que a técnica moderna serve e se volta ao homem. É assim que foi compreendida a técnica tradicional, seja no desocultamento dos entes, seja no sentido de ter uma boa compreensão sob algo. Esta não é a situação da técnica moderna. Por ser uma armação (*Gestell*), Heidegger adverte sobre a possibilidade de seu perigo. Isto porque a preocupação

⁴⁰Por subsistência, não se está referindo à noção de sobrevivência ou previsão. A subsistência refere-se à propriedade de algo que levará adiante, com o desocultamento do desabrigar. A subsistência dos entes demonstra que estes não estão somente na posição de requerer, mas respondem também ao serem requeridos (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p. 60-61).

⁴¹Na técnica moderna, a energia oculta na natureza é explorada para ser transformada. Esta, por sua vez, depois de transformada, é armazenada para distribuição. Ao ser distribuída a energia é novamente transformada para ser armazenada e assim sucessivamente. (HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit., p.58-59).

e ocupação com o desafiar da natureza constante na técnica moderna pode levar à falsa compreensão quanto à autossuficiência da armação, obscurecendo a existência da condição compartilhada e voltada para o homem.

O desabrigar da técnica moderna encobre não somente a produção, mas em especial a alocação de coisas voltadas à subsistência e sua eficiência. Toda disposição, porém, demanda o seu uso e somente do seu uso é que gera nova necessidade de produção e a sua disposição para uso. Nesta cadeia de alimentação constante, o homem torna-se parte integrante da armação (Gestell). Ou seja, o pôr da técnica não se refere tão somente às coisas, mas, também, a partir da sua disposição, a exigência do consumo do homem com vistas à boa circularidade da técnica moderna.

Conforme adverte Heidegger, este é o paradoxo da técnica moderna. Ao mesmo tempo em que a disposição presente na essência da técnica moderna parte de uma necessidade de subsistência do homem, com o melhoramento de sua condição, ela oculta em sua estrutura a possibilidade de aplainamento e subversão do homem como objeto da própria disposição das coisas. Ou seja, o perigo da técnica reside na possibilidade de absorção da existência do homem no processo de armação, com a redução da condição do homem à fatalidade do destino, com o próprio oferecimento do homem àquilo que pode superá-lo.

Ao se questionar sobre a essência da técnica, permite-se concluir serem distintas a mera técnica daquela intitulada moderna. A técnica moderna não se confunde, no âmbito de sua essência, com as quatro causas aristotélicas. A técnica moderna reúne o caráter de produção, mas também o armazenamento e a alocação eficiente das coisas no sentido da pronta disposição para uso e consumo dentro daquilo que Heidegger denominou armação (Gestell). Porém, ao se afirmar que, no âmbito da técnica moderna as coisas estão dispostas à boa circulação, isto quer dizer que o homem participa não somente como destinatário, mas também como parte do circuito da armação. O perigo da técnica revela-se nesta última questão. Ao se inserir o homem no circuito da armação, está o ser humano ameaçado com a perda de sua condição existencial, passando a ser uma mera peça dentro de um mecanismo de funcionamento.

3.3. Técnica e direito continental

3.3.1. Técnica, prudência e tecnologia

No Livro VI da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, ao tratar das virtudes intelectuais distingue a arte da prudência, enfatizando que, enquanto a primeira encontra-se ligada ao âmbito da produção (economia), a segunda volta-se para a deliberação da vida comum (política).

A arte ou a habilidade técnica relaciona-se com a noção de mudança de estado, transformação das coisas dentro das possibilidades e potencialidade dos entes. Para tanto, o artesão reúne um conjunto de virtudes intelectuais (técnica) e que norteiam a ação para o resultado, a produção (fim). A ação fundada na técnica identifica-se diretamente com a produção.

Distinta da arte é a prudência. Nesta, o fim que se persegue não é a produção, mas sim o bem comum em sociedade. A prudência, portanto, não envolve a técnica, mas sim a deliberação certa sobre a ação visando o bem estar em geral. A capacidade de deliberação relaciona-se, portanto, com a avaliação e projeção dos resultados de uma escolha sobre a coletividade.

A identificação destas categorias não deixa de ser relevante ao Direito. Ao aproximar a atividade judicial à política, Direito, na concepção dos antigos, exigia-se como virtude intelectual a prudência. Por se tratar do âmbito de ação política, não possuía qualquer proximidade com o campo da técnica, voltada para a produção, ou seja, o âmbito da economia.

Ao findar a Idade Média e iniciar-se a era moderna, em especial, a partir do Iluminismo setecentista, esta situação viria a alterar profundamente. O Iluminismo, dentro de suas premissas, promoveu uma revolução no modo de produção ao estabelecer formas de racionalização do uso dos meios de produção.

Como decorrência da exigência de superação da subsistência contida na produção da técnica dos antigos, a técnica moderna escorou-se sobre o aflorar das

ciências. Abria-se o caminho para a modificação em definitivo da essência da técnica, não mais voltado para a satisfação da subsistência do homem, mas sim à boa circularidade da produção.

Na medida em que a essência da técnica passou a ser o desafiar da natureza, veremos nos séculos seguintes a reestruturação das formas de conhecimento e de ação do homem em torno deste ideal. O espaço da produção passa a preponderar como força centrípeta, amoldando áreas como política e direito, até então conduzidas pela prudência no julgo da vida comum.

3.3.2. O Direito como tecnologia de controle e dominação

No início da era moderna, constatou-se a superação da técnica dos antigos pela tecnologia moderna. Esta passagem, apesar de não desvirtuar inicialmente o sentido de subsistência constante na técnica idealizada pelos antigos, é desta bastante distinta se lembramos que trouxe a noção de disposição das coisas no sentido de armação (Gestell) conforme demonstrou Heidegger.

A técnica moderna como armação corresponde não somente à produção, mas, também, o armazenamento e distribuição com vistas à boa circulação. Esta situação é clara quando tratamos das técnicas voltadas ao domínio da natureza. Esta exigência da transformação e domínio da energia no novo modo de produção foi possível graças ao desenvolvimento das ciências da natureza que, como mencionado anteriormente, passaram a ser demandados para a formação da tecnologia moderna.

Poderemos, porém, afirmar pela existência de uma técnica moderna no Direito? A resposta é positiva, senão diretamente, no mínimo, indiretamente. Afirmamos no mínimo indiretamente porque o Direito na modernidade é concebido não como mecanismo de solução de conflitos isolados dentro da casualística do romanos, mas sim contextualizado dentro da noção de boa circularidade imposta com a constituição da armação (Gestell) na técnica moderna.

O que se ressalta no Direito nesta passagem não é tanto um conjunto de práticas humanas voltadas para a justiça das relações entre os homens, mas sim a configuração de um agir que garanta a manutenção da boa circularidade necessária à subsistência. O direito continental caminhou, conforme observam alguns⁴² de um saber ético prudencial para um saber de caráter tecnológico. Quer isso dizer que o conceito de Direito, a partir da técnica moderna, desgarrou-se de seu caráter prudencial para privilegiar a eficiência organizacional da conduta dos homens.

Assim, muito embora fundado no pragmatismo do Direito Romano, o Direito Continental absorveu o ideal de norma positivada inaugurada a partir das reflexões políticas da modernidade e caminhou durante os 04 séculos seguintes para uma construção conceitual do Direito como um meio de modelação da conduta dos homens. O encaminhamento da construção em favor desta pretensão encontra-se tanto no período liberal como no denominado Welfare State: o Direito é concebido como mecanismo de ação sobre a conduta social, ainda que, no primeiro, de forma individual, enquanto no segundo, sobre o viés da incipiente noção de interesses coletivos e difusos. A percepção do Direito como instrumento de manipulação da realidade segundo princípios de cálculo e probabilidade é que permite afirmar que o direito moderno corresponde a uma técnica de controle social.

O encaixe do Direito ao modelo de produção capitalista, após séculos de modificações e adaptações, dar-se-ia em definitivo com o positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi coerente ao adequar o objeto de conhecimento com um programa de ação. Vale lembrar que, uma vez identificado o Direito a partir do procedimento de validação, a práxis limitava-se a adequar a premissa contida na norma ao fato, segundo simples relação lógica – atividade esta que ficou cristalizada pelo dogma da subsunção.

Na medida em que se identifica o que é o Direito e como se aplica o Direito, acreditavam os positivistas diminuir o espaço à arbitrariedade, permitindo-se uma maior previsibilidade à aplicação do direito, diminuindo as frustrações e decepções.

⁴²FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., p. 86.

Para muitos autores, o forte acento na questão da validade demonstra, dentro da sociedade moderna, a preponderância da concepção do Direito como meio, uma técnica de controle sobre os agentes em sociedade, segundo os preceitos de eficiência e flexibilidade em prol do bom funcionamento da sociedade. Villey⁴³, fundado nas distinções aristotélicas das quatro causas, afirma que o processo de positivação jurídica representou o abandono dos fins em prol da eficiência. O jurista nada mais é do que um técnico que conhece e manipula os textos legislativos, de forma a fazer preponderar a eficiência do sistema jurídico.

Esta visão do Direito, como forma de controle e administração da composição dos interesses da vida em sociedade, aproxima-se do conceito de tecnologia moderna – voltada para a ordenação das coisas com vistas à disponibilidade de uso⁴⁴. A relevância do Direito não se encontra tanto na justiça de seus conteúdos, e sim na regulação das condutas, mas, acima de tudo, na eficiência desta na pacificação dos conflitos.

Porém, a crítica apresentada quanto à conformação do Direito segundo os ditames da eficiência em detrimento dos fins, apesar de presente, resulta como insuficiente para responder à crise do Direito na atualidade. A definição do que sejam fins e, em especial, a identificação destes acabam por tornar a proposta finalística do Direito como pouco efetiva. Este componente ainda se torna mais impreciso se admitirmos que aos fins estão ligados, muitas vezes, interesse diversos em uma sociedade complexa.

Como visto, Heidegger demonstrou ser a técnica moderna bastante distinta da técnica dos antigos, centrada no princípio das quatro causas. O que difere a técnica moderna da antiga é a sua conformação como armação, no sentido de alocação das coisas visando à boa circularidade da produção. Já neste ponto revela-se parcial a abordagem da crítica fundada tão somente na construção do direito em razão da eficiência.

⁴³VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. port. por Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 178-183.

⁴⁴Vide DREYFUS, Hubert L. Heidegger on the connection between nihilism, art, technology, and politics. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 361.

A crise do Direito não se apresenta dentro do contexto de sua inserção no sistema de produção próprio surgido com o advento da modernidade. O Direito é concebido como fruto da criação do homem, e somente assim pode ser tomado na medida em que se adapta a suas necessidades. *Ubi homo ibi societas, ubi societas, ubi ius!*

O que podemos apontar como crise do Direito não se refere tanto à sua conformação segundo sua causa *efficiens*, mas sim ao perigo apontado em Heidegger quando este faz suas reflexões em torno da técnica moderna. Esta é a preocupação em torno do que o autor chamou de entendimento tecnológico do ser⁴⁵.

Cabe aqui retomar a análise do sistema como “artefato” (Gestell) desnaturando o agir humano na sua injunção social. Para Heidegger, a relevância de toda técnica não se revela no aspecto do domínio sobre o objeto e da estruturação da conduta com vistas ao domínio da natureza. O utensílio e a obra de arte, apesar de sua utilidade prática e estética não se sustentam se desta preocupação resultam no obscurecimento de sua essência existenciária, ou seja, servir ao próprio homem. Os objetos e as práticas correlatas existem em razão do ser e são direcionados para o ser.

Os romanos assim concebiam o Direito, que respondia às necessidades de solução dos conflitos no âmago da sociedade. O Direito partia do homem, mas na atribuição do justo, a este retornava. Ao fim do período medieval houve o deslocamento deste ideal, que passou a direcionar a conduta dos homens em torno do funcionamento da armação da técnica. A redução da questão do direito à positividade é exatamente esta tentativa de padronizar condutas e facilitar a sua aplicação. Ou seja, ao contrário do modelo dos romanos, a pretensão dos modernos quanto ao Direito é pelo dirigismo da conduta dos homens, voltada para a boa circulação do modelo de produção.

Porém, quando se propõe ao direito o ideal de uma técnica de controle e pacificação social segundo um paradigma no qual prevaleça a organização racional de respostas programadas, estamos sujeitos à possibilidade de perda do seu sentido. Isto porque, como vimos anteriormente, a técnica moderna tem como

⁴⁵HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit.

proposta a ordenação das coisas e dos homens segundo o princípio da eficiência e economia. Neste procedimento, o homem não é o destinatário, é também parte integrante do circuito de produção da técnica. Com isso, corre-se o risco, dentro das práticas de se produzir o aplainamento, a reificação do agir.

Este é o risco da aproximação extrema do Direito com a técnica. Na medida em que cresce nossa preocupação com a eficiência e controle, mais se acoberta o seu sentido humano das práticas. No ponto máximo desta armação do direito como técnica, o risco é a própria exclusão da importância do homem como destinatário do Direito.

A estagnação das práticas em torno do direito com a crise do positivismo acentua esta possibilidade da perda de sentido da técnica, já que, ao estabelecer uma proposta de aplicação mecânica, poderá fazer tábula rasa à intensidade do impacto gerado pelas transformações sociais vividas ao Direito, mas, em especial ao homem.

PARTE 4. DO PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTINENTAL

4.1. Das considerações iniciais

Webber⁴⁶, em seu estudo sobre as formas de dominação, afirma que, a partir do advento do Estado Moderno, o exercício do poder passou a ser legitimado por meio de procedimentos de racionalização. No estudo das formas racionais de domínio, Webber identificou que a legitimação poderia estar ligada tanto a procedimentos de meios como de fins.

Dentro do procedimento de dominação racional, no contexto da ampliação da burocratização estatal, reconheceu-se no Direito o mecanismo de efetivação e concretização do exercício legitimado do poder. O Estado moderno racional nasce vinculado ao conceito de Direito, o que resultará no conceito de Estado de Direito. O Direito é condição necessária da existência do Estado Moderno já que a relação entre governantes e governados dá-se no plano do Direito. Isto quer dizer que, se por um lado, a vinculação do Estado ao Direito implica em afirmar uma previsibilidade nos atos do governante, por outro, encontra-se implícita a ideia de controle por meio de um tribunal independente⁴⁷.

Emparelhado à distinção entre duas formas de racionalização do Direito, temos, como desdobramento, no que se refere ao conteúdo programático de racionalização do Estado, duas formas distintas de ação. Luhmann⁴⁸ distingue entre ação condicional e ação finalística para diferenciar as hipóteses de racionalização do Direito em que se verifica a preponderância dos meios ou alcance de fins. A existência de duas formas distintas de legitimação do Direito não implica na negativa de coexistência, mas sim que, em muitos casos, conteúdos

⁴⁶Vide WEBBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*. 5. ed. Tübingen: Mohr, 1985.

⁴⁷Vide ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. port. por António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. p. 152-154).

⁴⁸Vide LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1993.

programáticos de ação podem ora privilegiar os meios, ora os fins, em conformidade com as necessidades da vida em sociedade⁴⁹.

Particularmente nos sistemas jurídicos continentais, a evolução histórica do Direito, dentro das possibilidades presentes na tradição romanista, acabou por priorizar nitidamente, dentro do procedimento de racionalização do Direito, pela legitimação dos meios em detrimento dos fins⁵⁰. A escolha da forma (diga-se, procedimento) em detrimento dos fins, como se verá, corresponde a uma resultante das opções da civilização continental, em especial, a partir de necessidades históricas e que resultaram na conformação de uma forma própria de legitimação do Direito.

Neste projeto de racionalização, foi componente importante na sua modelação, a absorção do conceito de técnicas e procedimentos para domínio e controle da realidade. Estas técnicas de produção – advindas do conceito racional dos meios de produção capitalista, não tardariam a se verificar no Direito e na construção de conceitos a sua aplicação.

Como vimos, ao tratar sobre a questão da técnica, não se pode deixar de apontar, conforme observado por Heidegger⁵¹, a existência de um caráter ambivalente em torno do tema. Assim, se por um lado, a técnica, segundo seus princípios da eficiência e economia nos libertou das amarras e submissão à natureza, por outro lado, ao integrar o homem no sentido da armação, acabou criando uma situação de alienação do homem no desenvolvimento da técnica, com a possibilidade de reificação do homem diante do procedimento.

A construção do Direito Continental, conforme demonstrado, buscou privilegiar os meios, ato para o qual pretendia alcançar os cânones de eficiência e economia na regulamentação da conduta dos homens. A confirmação de que o Direito Continental privilegiou mais o meio que os fins, segundo a concepção de

⁴⁹Apesar de não ser objeto deste trabalho, uma comparação do Direito entre os sistemas jurídicos que evoluíram a partir da herança romana, é notório que cada um dos sistemas jurídicos – *Common Law* e Direito continental, revela, nos seus programas de legitimação do Direito, pela preponderância de um programa de ação finalística ou de meios.

⁵⁰Neste mesmo sentido, vide FERRAZ JR. Para o autor, a prevalência das programações condicionais encontra-se presente na concepção do sistema normativo: conjunto normativo regulador dos procedimentos nos quais decisões passam a ser vinculativas (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., p. 322).

⁵¹Vide HEIDEGGER, Martin. *Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik*, cit.

algum teórico, não importa em dizer que esta representa a essência da técnica que define o Direito Continental.

Dizer que o Direito Continental encontra-se fundado como uma técnica de meios oculta em sua prática todo procedimento de escolha, aprontamento e emprego de atos motivados e direcionados às necessidades e fins históricos e que, por sua importância, remanescem presentes por meio da transmissão pela tradição. Somente a partir do encontro destes atos motivados e que passam a ser identificados como reiteradamente presentes no passado e no presente é que poderemos lançar ao futuro a projeção de suas possibilidades para uma escolha de nosso destino.

Propomos, a seguir, dentro dos marcos ligados à construção histórica do conceito do Direito continental, identificar seus elementos essenciais. Em coerência com nossa proposta fenomenológica, buscaremos identificar os elementos essenciais a partir de fatos, desenvolvimento e tendências evolutivas da construção do conceito de direito dentro da tradição do Direito continental, afastando especulações teóricas e conceituais.

Nossas pesquisas em torno da essência do Direito continental terá como marco inicial o fim do período medieval e a passagem para a modernidade. A escolha não é aleatória. Em verdade, é neste período que começará o processo de construção do ideal do império da lei e do direito como técnica.

4.2. Da primeira fase de racionalização do Direito: da passagem da concepção do Direito fundado na autoridade dos textos na Idade Medieval para o Direito secular fundado na vontade do soberano

A passagem da Idade Média para a Moderna resultou em profunda alteração do modo do homem compreender o Direito. Como ressalta Habermas⁵², esta transição de uma ordem estabilizada para uma ordem legitimada

⁵²Vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. port. por Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 22.

racionalmente foi fruto da passagem de uma sociedade estratificada para uma sociedade funcionalmente diferenciada e que passara a impor um novo paradigma de organização racional.

A alteração da forma de concepção do Direito no corpo social advinha de reflexos das profundas modificações ocorridas no campo filosófico, socioeconômico e político experimentado no período.

No campo político, a emergência de uma nova classe social e as limitações de suas necessidades e possibilidades dentro do quadro estático da sociedade medieval – baseada em ajustes dos estamentos integrantes da sociedade medieval, resultaram na aliança entre o grupo dos nascentes capitalistas e o rei suserano, com a criação do Estado como um ente principal na condução e regulamentação da vida social. Contemporânea a este movimento são as teorias do pacto social e que pretendiam, à guisa de argumentos racionais, buscar uma justificativa para a formação do poder soberano único.

A conformação de poder soberano único, segundo Bobbio⁵³, resultou na passagem progressiva de uma sociedade de estrutura pluralista de produção do direito para a forma monista centrada no Estado. A nova estrutura de produção do Direito exigia que sua criação – seja o ato de produção, seja o ato do seu reconhecimento, fosse exclusiva e concentrada no Estado Moderno. Neste processo, foram anulados os particularismos das ordens locais e as jurisdições autônomas, com o direcionamento dos esforços no sentido de afirmação da lei estatal sobre a ordem fragmentária decorrente do pluralismo político medieval⁵⁴. Todas as autoridades intermediárias entre o Estado e os homens passaram por um progressivo processo de redução de esfera de influência sobre o direito.

Ao mesmo tempo, esta sujeição política ao poder soberano no Direito Continental representou uma desvinculação de um paradigma de compreensão do Direito medieval – baseado na interpretação dos textos dotados de autoridade, para

⁵³Vide BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* Trad. port. por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

⁵⁴Conforme observa Faria, esta centralização da imputação dos deveres e obrigações jurídicas no Estado Moderno é que desembocará no conceito de soberania como unidade da ordem coativa no pensamento kelseniano (FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 20).

o Direito moderno, fundado na legitimação dos textos advindos de autoridade (poder soberano), segundo processo de produção ou de chancela.

No campo econômico-social, o incipiente capitalismo passou a exigir uma maior estabilidade da vida social, com a criação de condições necessárias ao desenvolvimento do comércio. Em contrapartida à constituição do soberano, a incipiente burguesia passou a exigir a regulamentação das condições da produção, com o reconhecimento da propriedade e dos meios de produção. O Estado passou a organizar as condições necessárias para a realização da produção industrial, de forma a fomentar o novo modo de produção e acúmulo de riqueza.

Permeando todos os demais campos, no campo filosófico, deu-se a progressiva desvinculação do homem dos ideais religiosos da Idade Média. O Iluminismo trouxe o ideal do Homem como a medida das coisas e a noção de controle das forças da natureza por meio da edificação do conceito da técnica. Já o movimento da Reforma Protestante, no plano religioso, representou o fim da era das certezas e das verdades.

A conjugação de todos estes fatores, mas, acima de tudo, de todas estas condicionantes resultaram no conceito de razão prática, que será estruturado nos séculos seguintes. Como decorrência direta deste paradigma, o Direito molda-se à realidade e necessidade da produção capitalista, alterando seu *modus operandi*, fundado exclusivamente na verdade dos textos legais. Diante da nova realidade que se abria, foi trazido o contexto de mutabilidade em conformidade com as necessidades, à semelhança das técnicas de produção. Assim, ao contrário da morosa formação do Direito Medieval a partir do desenvolvimento da sociedade, o Estado Moderno passou, em razão da monopolização da produção jurídica, a determinar o Direito e a direcionar o desenvolvimento das novas forças capitalistas. Surgia, com isso, a noção de legitimação dos textos advindos da autoridade e cuja noção definitiva viria mais tarde com a conscientização acerca do conceito de validade.

Conforme já demonstrado por Ferraz Jr.⁵⁵, o Direito, com o advento do capitalismo, adaptou-se ao modo de produção industrial. O Direito abandonou aos poucos a base ética e conformou-se, à semelhança dos ideais do incipiente

⁵⁵FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., 2003.

capitalismo, a uma racionalização de sua produção e aplicação segundo os ditames de controle e uso eficiente.

A alteração de um sistema de fontes plúrimas e difusas, segundo o ideal da *opinio juris ac necessitatis* para uma estrutura monista teve seus reflexos diretos não somente na definição geral do Direito, mas também e principalmente no âmbito da aplicação. Assim, enquanto no período medieval o aplicador do direito, para resolução de controvérsias, possuía liberdade na escolha das normas segundo o que fosse produzido pela Sociedade Civil e suas interações, com a absorção do poder judicante e de produção normativa pelo Estado, somente eram passíveis de aplicação as normas produzidas ou reconhecidas pelo Estado. Em outras palavras, a passagem do Direito Medieval para o Direito Estatal Moderno representou a perda da faculdade de escolha entre normas, conferindo-se às relações uma segurança necessária para o desenvolvimento das forças produtivas a partir da fiscalização do Estado.

Iniciou-se, com isso, a construção de um paradigma de compreensão do Direito, e cuja característica principal, ao contrário dos textos, passou a ser mutabilidade do Direito em conformidade com as necessidades de produção. Esta aproximação do direito ao ideal da técnica moderna exigiria um controle e domínio, o que se veria com as revoluções liberais ocorridas posteriormente. Apesar disso, em um momento inicial, junto com as práticas medievais, nascia junto com o Estado Moderno o ideal de racionalização do Direito, de conteúdo variável, segundo técnicas de produção e validação.

4.3. Das revoluções liberais e o conceito de direitos fundamentais e constituição. A formulação do conceito de normas e garantias

Ao final de praticamente três séculos de aliança entre monarquia e os setores capitalistas de produção, irrompe, em finais do século XVIII, as revoluções liberais francesa e americana⁵⁶. Ambas experiências resultaram, do

⁵⁶Zippelius destaca, entre as manifestações históricas em favor da construção dos direitos fundamentais base dos sistemas constitucionais modernos, mesmo antes das Revoluções Liberais

ponto de vista jurídico, direta ou indiretamente, na remodelação e edificação do conceito de Constituição moderna.

A associação entre revoluções liberais e constitucionalismo não implica afirmar que já não existisse, previamente aos contemporâneos da Revolução Francesa e Americana, a noção de constitucionalismo e da existência de normas sob hierarquias distintas. O conceito de Constituição, porém, era bastante distinto, fruto do desenvolvimento do ideal contratualista, porém, ainda adaptado à estrutura tradicional estamental herdada da Idade Média.

Modelo exemplar do ideal de Constituição dos contemporâneos da Revolução Francesa encontrava-se na construção de Bodin⁵⁷. Tratava-se do conceito de Constituição Mista e que tinha como escopo sustentar a *potesta temperata*. O reconhecimento do soberano estava voltado para uma tentativa de organização da comunidade política em meio aos conceitos de controle e contrapeso de poderes. Correspondia a um ajuste social moldado pelos interesses das ordens de Estado, com a definição dos papéis de cada poder.

Estes modelos teóricos de constituição e funcionamento da comunidade política tinham como escopo reforçar os poderes do soberano. Raros eram os

do século XVIII, as conquistas históricas processadas na Inglaterra. Exemplos destes avanços no campo das garantias aos direitos fundamentais foram a Magna Charta libertarum de 1215, o Bill of Rights de 1628, Agreement of the People de 1647, Habeas Corpus Acte de 1679 e Declaration of Rights de 1689. Porém, como mesmo destaca o autor, muito embora tenham sido base para a evolução dos direitos fundamentais, estes eventos tiveram sua repercussão limitada à experiência britânica. Pelo contrário, as Revoluções Francesa e Americana foram experiências inovadoras que irradiaram seus efeitos para além de suas ocorrências, criando uma nova forma de pensar o direito e sua aplicação (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, cit., p. 152-154).

⁵⁷Conforme entendimento de Fioravante, na obra de *Les six livres de la République*, Bodin traz uma inédita noção de *summa potestas*. Para o autor, a abordagem de Bodin é inovadora porque abandona a tradicional análise dos poderes e prerrogativas do soberano, partindo, ao invés, de uma síntese relativa à qualidade e definição do poder soberano. O poder soberano distingui-se-ia dos demais poderes contidos no universo medieval por seu caráter perpétuo e absoluto. O poder perpétuo refere-se à sua qualidade de irrevogabilidade e de indelegabilidade e tinha como proposta a superação da idéia mantida na tradição medieval do *summus magistratus*. Segundo as práticas do período, o poder do soberano era recebido da comunidade medieval contra um juramento público. Referida prática importava em reconhecer que o poder do rei era recebido em caráter perene, condicionado à aprovação da comunidade, com a possibilidade de revogabilidade a qualquer tempo. Ao lado do caráter permanente, o poder soberano ainda necessitava ser absoluto, não se permitindo sua repartição ou mesmo divisão com qualquer outro poder. Apesar de sua apologia ao poder soberano como um “centro motore” do organismo político, Bodin afirmava pela inviabilidade de um poder soberano absoluto que pretendesse governar sozinho, sem o auxílio de um conselho de assembleia e de magistrados. Por isso, conclui Fioravante que Bodin, em sua teoria política, ainda é tributário do governo “misto e temperato”. Para o autor, a engenhosidade de Bodin residia exatamente na introdução da inovação por meio de uma aparente “recuperação conservadora” da tradição instrumentalista medieval (FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 72-77).

questionamentos em torno do caráter absoluto das leis impostas pelo soberano ou sua delimitação. Quando presentes, como no caso de Locke, a imposição de leis iníquas geravam consequências radicais de ruptura. Isto porque para liberais como Locke, as leis iníquas, por contrárias à razão não vinculavam condutas e sua imposição representaria manifesto ato de tirania que conferia aos governados o direito de resistência e, no limite, a deposição do tirano.

A noção de direitos fundamentais, como um produto de racionalização para o exercício do direito de defesa contra o arbítrio do governante somente surge após a experiência radical das revoluções liberais. Neste ponto, tanto a experiência da Revolução Americana como a Francesa são representativos de uma prática revolucionária em torno do Direito.

Muito embora tenham partido da proposta radical de resistência delineada por Locke, no campo dos acontecimentos, a opção dos revolucionários americanos e franceses não foi o exercício da resistência ou da deposição, mas inovaram na prática do Direito à época (ainda que fundado no direito natural), ao estabelecerem os insurgentes o conceito de leis escritas como garantia e segurança de direitos individuais dos súditos contra práticas arbitrárias do soberano. Estes direitos, por sua vez, conforme assevera Ripert não eram produto da vontade dos revolucionários liberais, mas sim estavam fundados nos direitos naturais anteriores à constituição do Estado e que se impunham pela justiça e em aplicação aos ditames da razão⁵⁸.

Mais do que possuírem em comum o descontentamento contra o poder arbitrário, as revoluções liberais guardaram o traço de uma prática de defesa de direitos, exercido a partir de dois níveis de racionalização. Em um primeiro momento, pela evidenciação dos direitos fundamentais por meio de Declarações de Direitos. Em sequência, a partir da demonstração dos direitos, a sua adoção nas Constituições. Este foi procedimento padrão das antigas colônias e dos revolucionários franceses, posteriormente seguido como prática para efetivação dos direitos fundamentais e o advento das Constituições.

A Revolução de Independência das Colônias Americanas, por sua primazia, foi inovadora ao trazer à tona a noção de inconstitucionalidade.

⁵⁸RIPERT, Georges. op. cit., p. 18.

Insatisfeitos com os tributos lançados pelo Parlamento Britânico, os colonos americanos, reunidos em Assembléia Revolucionária, entenderam que os atos de imposição de tributos aos colonos eram ilegais e inconstitucionais. Segundo Fioravanti⁵⁹, tratava-se do primeiro evento histórico em que se reconhecia a invalidade de uma lei por força de sua contrariedade ao conceito de constituição, e que passaria a ser usual para sustentar a superioridade da lei constitucional nos séculos seguintes.

Uma década após, a Revolução Francesa poria fim ao Antigo Regime ao proclamar o fim dos Estados Gerais e, alimentados pelos ideais contratualistas de Rousseau, pretenderam os revolucionários franceses refazer-se a textura do pacto social por meio de instituições adequadas à liberdade e igualdade dos homens. Para Ferreira Filho⁶⁰, o refazimento das instituições que observassem os ideais revolucionários estaria ligado à idéia de Constituição escrita, conjunto este normativo, síntese da vontade geral. Surgia a noção de governo das leis e, com isso, o ideal de Estado de Direito⁶¹.

As Revoluções Francesa e Americana, no campo da experiência histórica, foram prodigiosas na criação do conceito de um conjunto de direitos imanentes ao homem⁶², sintetizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que passaria a estar presente em praticamente todas as Constituições ocidentais desde então. Este conjunto de Direitos mínimos e inalienáveis, não passíveis de supressão por qualquer governo, foi, no sistema continental europeu, a pedra fundamental para a construção do Direito como técnica.

Consolidou-se, com isso, no conceito de Direito, uma dupla orientação. Primeiramente, a noção de garantia e segurança contra o arbítrio dos governantes. Ao mesmo tempo, trouxe a concepção de governo não arbitrário, organizado

⁵⁹Vide FIORAVANTI, Maurizio. op. cit.

⁶⁰Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶¹Ripert lembra que a primeira assembléia voltada para a elaboração da primeira constituição escrita francesa tomou a designação de Assembléia Legislativa. Como bem observa o autor, o fenômeno do advento da lei (“l’avènement de la lois”) noticiado por Michelet correspondeu à transmissão do poder político do rei à nação para elaboração das leis, e que passaria a ser, em seguida a expressão da vontade geral ditada pela razão, influenciando diversos juristas e filósofos. (RIPERT, Georges. op. cit., p. 3).

⁶²Apesar de corresponder à primeira manifestação no sentido de estruturação do direito continental em torno da norma posta, como lembra Ripert, o conceito de direitos fundamentais surge neste primeiro momento da tradição jusracionalista e que assumia a existência de direitos imanentes, frutos da racionalidade do homem. (Id. Ibid., p. 3).

segundo critério da repartição de poderes independentes, mas limitados aos direitos fundamentais inalienáveis. O Estado de Direito é regido pelo princípio da legalidade o que importa dizer que os atos administrativos e atos jurisdicionais somente se encontram e se justificam a partir de leis formais, não mais assentes em princípios éticos-sociais como a moral e justiça. Portanto, não se trata de um mero Estado de Direito, mas sim um Estado fundado em Direito Constitucional, ou seja, conforme Ferreira Filho, o Estado Constitucional de Direito⁶³.

Porém, mais do que o reconhecimento de Direitos racionais imutáveis, a experiência das Revoluções Americana e Francesa levou à superação dos chamados direitos naturais como fonte da razão humana pelos direitos fundamentais positivados⁶⁴. Conforme observa Ripert⁶⁵, inicia-se, a partir de então, o processo lento e gradativo de destruição da crença no direito natural, e que somente viria a se completar com o advento do positivismo jurídico. Assim, em contraposição com o progressivo abandono da autoridade dos textos e os intangíveis direitos naturais, as revoluções liberais representaram um ponto de evolução ao incipiente Direito continental, ao subordinarem o conjunto de normas a um conceito superior, a Constituição moderna.

4.4. A codificação: concepção e organização racional das matérias

Em meio aos debates e discussões entre tendências positivistas e o legado jusnaturalista, após a consolidação da Declaração do Homem e Cidadão com a Revolução Francesa, adveio o fenômeno da codificação e, com isso, o processo de racionalização e sistematização dos conjuntos normativos.

Duas considerações preliminares fazem-se necessárias quanto ao tema. A primeira relaciona-se com o caráter inovador do processo de codificação. E quando se fala de inovação é exatamente para distinguir a codificação

⁶³Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁶⁴Apesar disso, conforme observa Ferreira Filho, por ocasião das Revoluções Liberais, entendia-se que o Estado de Direito estaria assentado não em leis fruto do legislador, mas sim como decorrente do direito natural. (Id. Ibid.).

⁶⁵RIPERT, Georges. op. cit., p. 19.

experimentada na França daquela realizada na fase final da evolução da Roma Antiga, em especial, à reunião do conjunto normativo denominado *Corpus Juris Civili*. Apesar da obra de Justiniano ter representado a reunião do direito comum romano, não podia ser considerada um código no sentido moderno, mas sim uma mera antologia jurídica⁶⁶. Somente com o Código Napoleônico é que se pôde atribuir a idéia de código, no sentido de organização e sistematização racional das matérias.

A segunda consideração refere-se ao surgimento do conceito de codificação a partir da experiência histórica, sem um processo de racionalização prévia. O fenômeno da codificação não partiu de um projeto de sistematização, mas sim de uma necessidade histórica de simplificação e unificação do Direito então existente. Assim, se por um lado, a proposta de codificação tinha como escopo diminuir a quantidade de normas jurídicas acumuladas da evolução histórica, por outro lado, perseguia-se de forma igual tornar acessível o Direito a todos, simplificando o seu conteúdo para compreensão de qualquer cidadão.

Toda a racionalização da codificação, portanto, deu-se após a sua consolidação com um fato histórico consumado. Apesar disso, com a sua teorização *a posteriori* concretizou-se a racionalização das matérias infraconstitucionais, com a verticalização do processo de racionalização do conceito de ordenamento jurídico. A hierarquização das normas já se apresentava dentro do ideal do período. Conforme noticia Bobbio⁶⁷, a previsão da submissão das matérias, apesar de não planejado teoricamente, já se encontrava presente na Lei sobre Ordenamento Judiciário Revolucionário de 16 de Agosto de 1790, particularmente ao prever a revisão e reforma das leis civis em um código simples e claro, instrumento legal este adaptado à constituição.

Dizia Cambacérès, repetindo o ideal de liberdade do mundo antigo: “c’est être libre d’être esclave des lois”. Para os antigos, a lei escrita deveria proteger o homem contra a tirania, jamais ser esta uma forma de opressão. Por meio desta máxima, os idealizadores revolucionários em Convenção pretendiam a redução do direito legislado a um conjunto reduzido mínimo de leis, passíveis de

⁶⁶BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 64.

⁶⁷Id. Ibid., p. 66.

compreensão por qualquer pessoa. Esta postura visava dar fim à multiplicidade de fontes normativas, mas principalmente às manifestas dificuldades de compreensão do direito, dado o seu grau elevado de erudição necessária.

A importância do Código Napoleônico, porém, não se encerra tanto no processo de simplificação, redução e sistematização dos juízos normativos – até porque, como já esboçado anteriormente, a racionalização e teorização do papel das normas em uma estrutura ideal escalonada somente viria a ocorrer posteriormente. Sua importância reside não somente nos debates que marcaram os projetos de codificação – debates estes em torno da manutenção ou não dos ideais jusnaturalistas de aplicação do Direito, mas, em especial, das práticas que se seguiram à sua vigência.

Ao final de uma série de tentativas de codificação, o Código Civil Napoleônico acarretou a consolidação do ideal positivista e o abandono em definitivo dos ideais jusnaturalistas. Após a recusa a três propostas jusnaturalistas de Cambacérès, o Código Napoleônico nasceu da idealização moderada e liberal de Portalis. Ponto de passagem da filosofia revolucionária ao ideal da Restauração, o projeto de Portalis contou com a participação ativa de Napoleão, que atuou diretamente das sessões de debate e aprovação do projeto ao Código Civil. O projeto aprovado abandonou em definitivo qualquer reminiscência jusnaturalista, com a sintetização e organização da então tradição francesa do direito comum.

Mas o encerramento dos ideais jusnaturalistas dar-se-ia em definitivo no campo da prática, particularmente com a interpretação e aplicação dos dispositivos da herança napoleônica, em especial com a sua construção posterior em torno da sua forma de aplicação com a Escola da Exegese.

O período que se seguiu à criação do Código Napoleônico foi um esforço teórico de absorção e incorporação da codificação ao sistema legislativo. Fundados nos princípios da simplicidade e no culto da autoridade legislativa, a Escola da Exegese pretendia dar um tratamento científico na aplicação e ensino jurídico por meio do comentário do próprio Código, artigo por artigo. Superava-se, com isso, a tradição iniciada pelos glosadores e seguida pelos pandectistas do

século XIX que se socorriam do Corpus Iuris para extração das normas jurídicas aplicáveis.

Independente da interpretação da lei com base na vontade do legislador ou da lei, a Escola da Exegese resultou na consolidação do culto à lei estatal, com a subordinação do intérprete às disposições do Código Civil. Segundo Bobbio⁶⁸, a codificação resultou na prevalência do princípio da onipotência do legislador, levando à negação em geral do direito natural em definitivo e à diminuição ou irrelevância de outras formas de direito postas, como o direito consuetudinário e judiciário⁶⁹.

Aliás, quanto ao direito produzido pelo Poder Judiciário, o ideal de codificação estabelecia, a despeito da imposição do juízo de *non liquet*, a limitação de sua interpretação passiva e mecânica do código. As razões históricas de referido posicionamento encontravam-se na estruturação do Estado Moderno com base na doutrina da separação dos poderes de Montesquieu e no princípio da certeza do direito. Por meio da primeira, estabelecia-se o juízo de rígida separação de competências funcionais de Poderes do Estado Moderno, com a supressão do poder criativo do juiz, para evitar a invasão da esfera de competência do legislativo. Conjugado o ideário da separação de poderes, pretendia-se a restrição à arbitrariedade, com a delimitação antecipada e prévia dos conteúdos normativos para solução de controvérsias.

Todas estas ocorrências, permeadas pelas construções teóricas posteriores, resultaram em limites à atividade jurisdicional, com a renúncia do aspecto criativo do juiz na interpretação e aplicação da lei, o que viria ser reforçado ainda mais com o ideal de ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

⁶⁸BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 86.

⁶⁹O último grande estado a aderir ao processo de codificação do direito foi a Alemanha. Com o advento do Código Civil Alemão, foram abandonadas as práticas do Direito Romano como modelo aos estudos jurídicos. Conforme observa Biondi, até o século XIX a intitulada “ciência do direito” seguia o estudo da jurisprudência romana por meio do método pandectista, que se baseava no procedimento de extração do Corpus Iuris a norma aplicável. Segundo o autor, apesar de poder ser distinto do direito, o método era a tal ponto romano que poderia se afirmar por uma continuidade histórica. (BIONDI, Biondo. op. cit., p. 32).

4.5. Da polêmica Thibaut *versus* Savigny

Em sequência à consolidação do Código Civil Napoleônico, foi aplicado, em praticamente todos os países da tradição do direito continental, o modelo de racionalização e sistematização dos direitos. A experiência francesa serviu de molde a um fenômeno que se projetou no círculo dos povos do direito continental, fenômeno este conhecido como a codificação das leis.

Esta expansão do fenômeno da codificação não tardaria a chegar na Alemanha, último reduto do jusnaturalismo europeu. Assim, instigados pelas críticas à volubilidade das instituições jurídicas criadas com a adoção das práticas positivistas na França, o tema foi objeto de críticas detidas da Escola Histórica.

A crítica da Escola Histórica era principalmente contra os racionalistas legalistas⁷⁰ presentes na Alemanha e que fundavam o direito a partir de deduções em princípios e conceitos considerados como inatos e inerentes à razão humana. No epicentro da crítica encontrava-se o repúdio dos adeptos da Escola Histórica ao reconhecimento de um direito distante da observação dos fatos, da história e da experiência do presente. Os racionalistas acreditavam na possibilidade de organização da sociedade por meio de criações abstratas, obtidas da razão e o instrumento para tal desiderato correspondia ao direito posto.

Este foi o panorama presente por ocasião da crítica da Escola Histórica liderada por Savigny contra a proposta de codificação das leis na Alemanha sugerida por Thibaut. O início da controvérsia deu-se com a publicação, em 1814, do manifesto “A necessidade de um código civil comum em toda a Alemanha”.

Tendo como norte a experiência francesa, propunha Thibaut a construção de uma unidade da legislação civil para pôr fim à anarquia legislativa que reinava no país, o que entendia ser fruto da vigência concomitante entre direito canônico e germânico. A crítica era voltada principalmente contra a

⁷⁰Conforme destaca Pedro Lessa, a crítica da Escola Histórica era voltada indistintamente a todas as escolas do pensamento jurídico fundadas no jusracionalismo e que imprimiam a confiança na racionalidade das deduções do direito a partir da razão. Neste universo, eram também objeto de críticas as doutrinas filosóficas filiadas ao catolicismo (LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Francisco Alves, 1916. p. 377).

tradição e erudição do direito romano, o que, à semelhança da proposta francesa, buscava universalizar o ideal de acesso ao direito pelo homem comum. No campo da prática, afirmava-se que a unificação da codificação evitaria a arbitrariedade na administração da justiça decorrente da ignorância das leis e da pluralidade de fontes.

Em reação à proposta revolucionária de abandono das fontes tradicionais e sua superação com um direito a partir de leis únicas, Savigny respondeu com seu escrito “Da vocação do nosso século para a legislação e jurisprudência”. Com este manifesto, Savigny apontou a inviabilidade de um direito legalista desarticulado dos usos, costumes e de sua condicionante histórica. Destacou que a superação da tradição do direito em voga por leis abstratas e instáveis abriria a possibilidade à prática de abusos e arbitrariedade; e pior, corresponderia a um atentado à consciência nacional, fonte de criação do direito então vigente.

As críticas apresentadas por Savigny à proposta de codificação por Thibaut firmaram o cerne das idéias capitais que seriam posteriormente desenvolvidos na Escola Histórica.

A polêmica traçada entre Savigny e Thibaut nada mais reproduz do que um debate que já vinha presente desde o surgimento do Estado Moderno. O debate entre jusnaturalistas e racionalistas apresenta-se desde que o Estado foi concebido como ente a conduzir a vida em sociedade dos homens. O que o debate guarda de inovador é o reconhecimento do direito como produto de um momento histórico e inexoravelmente ligado à práxis de seu povo. Acima de tudo, a crítica revelou a exigência do direito cuja vitalidade encontra-se não na positivação, mas sim no contato com a experiência dos homens. Trata-se de um conceito existenciário do direito.

Do embate teórico na Alemanha, resultou a prevalência da proposta de Savigny e de sua Escola Histórica, o que foi preservado até o advento do Código Civil Alemão, quando então foram eliminados de vez os ideais jusnaturalistas, suplantados pelo positivismo legalista.

Por aquelas peculiaridades que só a experiência dos homens é capaz de proporcionar, apesar de todas as críticas às abstrações dos racionalistas, Savigny acabou sendo conhecido como o precursor da metodologia científica na Alemanha.

4.6. Da vitória do positivismo legalista e o império da validade

A exigência de segurança jurídica e a organização racional e sistemática do conjunto de normas teriam sua consagração na consolidação do conceito de validade. O positivismo jurídico foi a corrente de pensamento responsável pela construção abstrata racional do Direito como validade. Não quer isto dizer que o conceito de validade surgiu *ab novo*. Porém, mesmo existindo anteriormente, é com os positivistas que o conceito estruturou-se em definitivo na compreensão do conceito de Direito no sistema do Direito continental.

Como destacou Ferraz Jr.⁷¹, o conceito de validade foi criado a partir da noção de valor. A validade não é, portanto, imanente à norma, mas decorre de uma atribuição de relação. Para os positivistas, a validade decorre de uma relação normativa de adequação da norma a um modo de produção de lei antecipadamente prevista no ordenamento jurídico.

Por trás do conceito relacional normativo encontra-se a tentativa de afastar qualquer possibilidade de juízo de valor e a submissão da existência da norma a elementos meramente procedimentais de identificação. A partir deste momento, Direito consagrou-se em definitivo como um procedimento técnico formal de criação.

Cindia-se em definitivo, a relação entre norma e valor, com a extirpação do elemento ético-moral das considerações em torno da existência do Direito. Esta questão torna-se evidente no debate em torno da eficácia e validade. Assim, Kelsen⁷², em resposta à polêmica e em contraposição direta ao pensamento de Alf Ross, é bastante categórico em afirmar a total independência da validade à

⁷¹FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit.

⁷²KELSEN, Hans. op. cit., p. 292-300.

aplicação ou efetividade social. O Direito não seria verdadeiro ou falso, justo ou injusto, mas tão somente válido ou inválido conforme sua produção em conformidade com a norma hierarquicamente superior.

A construção do conceito de validade formal corresponde ao que acreditava ser o ponto final da racionalização e consolidação do paradigma do Direito continental de racionalização (meios). O isolamento e limitação do reconhecimento do Direito dentro das fronteiras de uma forma de produção resultaram em um legado de racionalização que, em confronto com as mudanças sociais, acabou por tornar inoperante o Direito diante dos conflitos atuais, e que exige um padrão de atuação distinto daquilo produzido por séculos de racionalização.

Apesar de não se negar a importância do positivismo para compreensão do Direito e a ampliação da compreensão da norma somente dentro de um corpo dotado de coerência e sistematização, a afirmação do projeto científico dos positivistas redundou no distanciamento entre faticidade e validade. Com o positivismo, a validade como relação sintática entre normas, passa a prescindir da experiência social. O conceito relacional não se refere a sua eficácia de aplicação pelos Tribunais como apregoado por Alf Ross, mas por um processo abstrato de verificação da existência da norma.

4.7. Crise do positivismo

O fenômeno da codificação representou um marco à consolidação do direito continental. As grandes obras legislativas que sucederam o Código Napoleônico criaram a expectativa de se diminuir as arbitrariedades na aplicação do Direito, particularmente por meio da declaração de regras preexistentes. Porém, como demonstrou, sua incidência no âmbito da experiência do Direito Continental representou o início da derrocada do positivismo. Isto porque, cedo demonstrou-se que a codificação não era capaz de abarcar todas as hipóteses de fato. O problema das lacunas do direito demonstrou que, mesmo diante do Direito declarado, inevitável era um certo grau de discricionariedade do juiz na aplicação do direito.

Porém, o auge da crise do positivismo deu-se com a experiência em torno das leis imorais. Ao se reconhecer a toda lei válida o caráter de direito, franqueou-se a possibilidade de conferir existência a leis imorais e injustas. Pressupunha-se que o legislador era o mandatário da vontade popular e, nesta qualidade, jamais poderia criar leis abjetas.

A experiência do nacional socialismo e sua filosofia demonstrou as falhas e limitações de um Direito fundado no procedimento de validação. Assim, como reação à crise do positivismo, os teóricos em Direito dividiram-se. Grosso modo verifica-se que as preocupações em torno do Direito voltaram-se, de um lado para o tema da justiça e a questão do valor no Direito; de outro, para uma tentativa de criação de mecanismos metajurídicos de interpretação da norma posta, seja por meio de propostas metodológicas, dogmáticas, hermenêuticas ou simplesmente lógicas.

4.8. Conclusão da análise temporal do direito

A análise do Direito Continental a partir de sua evolução histórica demonstrou um projeto de racionalização, cuja ênfase principal esteve voltada para a legitimação de meios. Referida forma de racionalização estava adaptada ao conceito de técnica moderna e tinha como pressuposto respaldar o modo de produção capitalista.

Os principais marcos históricos que sedimentaram a estruturação de um direito continental demonstraram que, dentro de sua evolução histórica, sempre esteve na ordem de preocupação dos juristas a positivação do direito como (a) mecanismo de promoção social; (b) garantia de direitos; e (c) a racionalidade de seus conteúdos por meio da disposição e organização da ordem das idéias em sistemas e hierarquias.

O positivismo jurídico, ao igualar a lei ao Direito a partir do procedimento de validação, correspondeu ao ápice desta concepção instrumental. Pretendia-se que a norma posta ofertasse não somente a segurança do direito por

meio de sua declaração expressa, como também, a partir de sua positivação, a garantia de fiscalização das decisões contra decisões arbitrárias.

A crise do direito demonstrou as limitações de um enfoque do Direito tão somente a partir da norma posta. Apesar disso, qualquer proposta que venha a ser apresentada em superação à experiência positivista não pode deixar de tomar em consideração que o direito continental tem como paradigma a norma posta como segurança jurídica e garantia contra arbitrariedade.

PARTE 5. A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO CONTINENTAL: DA RECUPERAÇÃO DO SENTIDO ORIGINAL

5.1. Jurisprudência no sentido dos Antigos

Em sua origem etimológica, Jurisprudência remonta ao período da Roma Antiga, correspondendo ao conjunto de respostas (responso) dos jurisconsultos (iurisprudens, prudens or prudentior) a casos práticos apresentados para decisão. A jurisprudência romana não aspirava o reconhecimento como ciência; não correspondia a uma atividade especulativa muito menos buscava a verdade das coisas. Porém, também não se confundia com o comum discernimento da vida ordinária.

Para os romanos, jurisprudência correspondia à prática da prudência no âmbito do direito (ius). Cícero, reproduzido nas palavras de Biondi⁷³, uma vez referiu-se à *prudencia* como a atividade *rerum expetendarum fugiendarum scientia*, ou seja, a arte de alcançar umas coisas e de evitar outras. *Ius prudens* é a *ars* voltada para a consecução do direito, evitando, ainda, com a mesma ação, o que é contrário ao direito.

Na medida em que, na célebre definição de Celso, *ius* corresponde à *ars boni et aequi*, infere-se que a jurisprudência, no sentido dos antigos, carrega como arte, a missão de alcance do bom e justo (*rerum expetendarum*), evitando o iníquo e injusto (*fugiendarum scientia*).

A prudência romana somente se afirma como arte na medida em que está comprometida com o direito (ius). Da mesma forma, o direito somente se realiza na medida em que é exercido por meio da prudência. Na jurisprudência romana, arte da prudência encontra-se comprometida com o sentido de direito, sendo, neste sentido, a arte do justo. Para os romanos é inconcebível uma resposta que não traga o conceito de justiça.

⁷³BIONDI, Biondo. op. cit., p. 38-41.

Porém, a jurisprudência não se esgota no âmbito do comprometimento entre prudência e *ius*. Para que o direito se apresente como justiça, encontra-se imanente nas práticas o sentido da intencionalidade voltada para objetivos e fins (telos). Longe do ideal de ciência ou do conhecimento em si (*sapientia*), a jurisprudência romana corresponde à atividade dirigida ao sentido do que é justo e oportuno considerada sua injunção a partir da convivência social. Isto quer dizer que, para o alcance deste *telos*, a *ars* da *prudentia* demanda o conhecimento pleno de sua injunção social, em sua integridade, multiplicidade e complexidade de relações. Direito, portanto, não se encontra apartado ou abstraído de sua condição situada. Pelo contrário, os romanos somente resolviam seus inevitáveis conflitos decorrentes da expansão da sociedade a partir de reconhecimento da experiência social.

Desta sensibilidade social e do sentido do justo é que a afirmar uma posição diferenciada do *iuris prudens* em relação aos demais cidadãos romanos. Cícero,⁷⁴ ao ser indagado sobre quem seria o jurista (*quinam iuris consultum vere nominaretur*), responde ser aquele que, conhecedor das leis e costumes “respondendum, et ad agendum et ad cavendum peritus esset”. Ou seja, o *iuris prudens* era aquele que, conhecedor de seu meio, “*omnia sunt posita ante oculos, collocata in usu cotidiano, in congressione hominum atque in foro*”.

Portanto, dentro da concepção romana, o direito (*ius*) não se aparta do que é justo. O justo para os romanos espelha, segundo a pragmática romana sua referência ao homem no conflito situado. Aos romanos, não há que se cogitar da separação entre direito e justiça.

5.2. Ativismo jurisdicional e jurisprudência da *common law*

Atribui-se, no direito inglês, a idéia de que o juiz é o criador do direito, fazendo crer que, no direito da *common law*, o juiz possui poderes ilimitados para criação da lei. Na expressão do direito inglês, o magistrado seria o *judge-made-law*.

⁷⁴A fonte das citações encontram-se em Biondi (op. cit., p. 38-41).

Trata-se, porém, de um equívoco. Os tribunais dos países da *common law* não criam o direito. Eles simplesmente se limitam a interpretar a lei. A base de formação do direito inglês não é a lei escrita, muito embora presenciemos, na atualidade, o aumento do direito escrito nos povos de tradição da *common law*. Referido aumento da atividade legislativa, porém tem-se voltado tão somente para as áreas sociais, econômicas e políticas. Particularmente quanto ao direito comum, estas mantêm-se regulamentadas, em sua grande maioria pelo direito comum.

É no costume imemorial que o juiz inglês procura a regra aplicável. Os preceitos que envolvem a aplicação do direito comum partem da premissa de racionalidade do homem, mas, acima de tudo, que os princípios e direitos podem ser deduzidos da razão a partir da experiência cristalizada nos julgados. O respeito aos precedentes judiciais não é um sentimento, mas um princípio expressamente reconhecido e de resto formulado pelo juiz.

Obviamente podemos inferir uma similaridade entre os poderes do juiz da *common law* e os poderes outorgados ao juiz em razão do aumento do ativismo jurisdicional. Porém, as aproximações são aparentes.

Isto porque, como mencionado, o juiz da *common law* está vinculado a julgar em obediência às formalidades e procedimentos estabelecidos no costume imemorial. Esta vinculação importa em um progresso do direito de forma lenta, já que a existência do precedente judicial não confere liberdade para a tomada de decisões que acompanhem as evoluções sociais.

Esta situação é diferente do ativismo jurisdicional. Primeiro, lembre-se que na tradição do direito continental existe a independência do magistrado no desenvolvimento de sua atividade, não estando vinculado a julgados anteriores, mas tão somente à lei e à livre convicção.

Além do mais, o ativismo jurisdicional apresentou-se dentro dos quadros do esgotamento da crise do direito, mas em especial diante do comando que veda a negativa de prestação jurisdicional quando invocada processualmente (*non liquet*).

5.3. A perda do caráter de fonte do direito

Os prudentes na Roma Antiga eram aqueles que, em razão de deterem um bom conhecimento das coisas, eram demandados a dar um parecer, segundo a casuística apresentada. Em sua ocupação, como visto anteriormente, estavam presentes tanto a virtude da prudência como o sentido da justiça das decisões em conformidade e aderência com sua realidade social.

Chamados inicialmente para emitirem pareceres a consultas em torno da aplicação do Direito Romano, ao tempo de Augusto, foram conferidos aos jurisconsultos o direito de responder em nome do imperador. Com isso, o produto destas respostas *ex auctoritate principis* passou a ser fonte do direito e, como destaca Azevedo, em razão de sua concisão, objetividade e simplicidade, foram estas respostas utilizadas para aplicação em casos futuros semelhantes⁷⁵.

Conforme evoluíram as práticas jurídicas e foram promovidas adaptações ao Direito Continental, o conceito de Jurisprudência sofreu também alterações profundas e hoje corresponde ao repertório de manifestações de juízes e tribunais aos casos submetidos a sua autoridade estatal.

Tanto a Jurisprudência antiga como a moderna possuem como traço fundamental o fato de guardarem, em sua essência, o ideal de resposta romana – ou seja, decisões decorrentes de poderes atribuídos pela autoridade para solução dos conflitos concretos trazidos a exame. Mas a evolução histórica resultou na perda do prestígio da Jurisprudência moderna em comparação à dos antigos.

Lembre-se, neste ponto que, nas Institutas de Gaio, a Jurisprudência encontrava-se dentro do conjunto de manifestações reconhecidas como Direito: *ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, Edictis Eorum Qui Jus Edicendi Habent, Responsis Prudentium*. Ou seja, em contrapartida ao direito posto (leis, plebiscitos, constituições, editos), a jurisprudência, por meio da resposta dos prudentes, correspondia a uma dentre as diversas manifestações autênticas reconhecidas como Direito.

⁷⁵Vide AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 67).

Porém, à vista do intitulado direito moderno, podemos afirmar que a evolução do Direito Continental, dentro de suas possibilidades, promoveu a redução do conceito de fonte do Direito à lei, com a exclusão das *responsis prudentium* como fonte de criação do direito.

Conforme demonstrado na parte histórica, o direito continental, diante da formação e fortalecimento do Estado Moderno, evoluiu em uma tripla orientação. A primeira, por meio da afirmação do Estado como único poder responsável pela produção e aplicação do Direito. A segunda, pela progressiva secularização do direito, eliminando do seu âmbito o direito divino e natural. Por fim, por meio da criação de práticas objetivas para aplicação do direito secular, visando, com isso, evitar o arbítrio na aplicação do Direito.

No âmbito da Jurisprudência, o desenvolvimento do dogma da norma posta levou a um conjunto de práticas neutralizadoras da ação criativa do juiz. Como consequência da implantação dos ideais de racionalização da distribuição de poderes em Montesquieu, passou a vigorar o princípio da vinculação da atividade do juiz à lei. Em conformidade com a proposta da tripartição dos poderes, a missão do juiz limita-se a pronunciar as palavras da lei.

Apesar da ligação histórica entre a situação da Jurisprudência e a teoria da separação de poderes, seria precipitado atribuir esta conformação da Jurisprudência tão somente à evolução política e a condicionantes históricos. Nem mesmo a artificial tentativa de racionalizar cientificamente o Direito seria elemento suficiente a justificar a anulação e o papel secundário que se atribui ao papel da Jurisprudência.

O que distingue a Jurisprudência atual da antiga e explica a perda do seu papel está na transformação operada no Direito, marcada pela substituição da prudência como *ars* pelo conceito de técnica moderna voltada para o funcionamento da armação e de sua eficiência.

À medida que o Direito foi-se amoldando às exigências de organização da técnica moderna, as comunidades jurídicas do Direito Continental elegeram as normas postas como padrões de respostas para questões jurídicas e anularam a

força criativa dos juízes. Segundo Cruet⁷⁶, a própria noção do direito positivo, estaria a excluir a priori toda e qualquer possibilidade da atividade criativa do juiz. Isto porque se se admitisse ao juiz a liberdade de criar o direito, segundo vontade própria, já não haveria a necessidade de regras jurídicas de regulação de condutas, o que traria imediatamente a insegurança às relações sociais e mediamente a crise na boa circulação da armação.

No mais, ainda dentro de sua adequação ao modo de produção, a vinculação da atividade da jurisprudência à norma posta visava encurtar o procedimento de legitimação das decisões, dando foros de maior previsibilidade por meio da delimitação de um critério objetivo de identificação do Direito: a norma posta.

Hassemer lembra que o procedimento de validação da norma posta codificada representou a organização das questões jurídicas repetidas, tornando desnecessária a demonstração de correção do conteúdo das decisões cada vez que incidisse a previsão da hipótese legal. Ao mesmo tempo, como já ressaltado anteriormente, a aplicação de normas positivadas serviu como um norte, conferindo aos julgados uma regularidade e uniformidade, garantindo a previsibilidade à atividade jurisdicional e das decisões⁷⁷.

Em outras palavras, isto importou em considerar que a fiscalização da decisão deixou de se assentar na subjetiva e por vezes arbitrária aplicação de princípios jurídicos fundamentais para a dedução de preceitos de adequação entre o fato e a norma posta.

Este caráter de legitimidade do Direito pela norma posta veio a adquirir ainda maior ênfase com o advento do Welfare State, quando então se assumiu de vez o direito como técnica para controle social e ordenação da conduta dos homens. A partir de então, criou-se a ficção da instrumentalidade do direito como um meio para consecução de ordenação e controle do comportamento dos homens.

⁷⁶CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Progresso, 1956. p. 23-24).

⁷⁷A previsibilidade e segurança não se referem somente às questões decorrentes da adequação do fato à norma. A partir de então passaram a ser previsíveis os comportamentos dos tribunais, tanto para controle como também para o exercício dos direitos dos cidadãos (HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*. Tradução de Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002. p. 283-285).

O Direito passou a ser um instrumento de racionalização com vistas ao controle e ordenação do comportamento dos homens, ou seja, ao bom funcionamento e circularidade dentro do modo de produção capitalista. Uma vez racionalizada a conduta dos homens e observado o cânone do procedimento de validação, a aplicação corresponderia a apenas um mero exercício de subsunção. Dentro deste contexto, a Jurisprudência seria meramente uma guardiã da aplicação da lei segundo o método subsuntivo. Assim, muito embora a crise do positivismo rendesse críticas contra a lei como direito, no âmbito da práxis do direito, conforme destaca Kaufmann, não houve qualquer evolução do Direito⁷⁸.

A crise em torno do positivismo jurídico demonstrou a limitação da concepção do direito como norma posta. Porém, uma crítica que se limite tão somente ao plano cartesiano de objeto de conhecimento revela-se insuficiente a permitir uma real contribuição ao aperfeiçoamento do direito continental em sua evolução. Daí porque parece inquestionável a necessidade de revisão da jurisprudência, *locus* onde se consolidam as práticas do direito e que passam a ter uma aumento da importância nos sistemas de Direito continental.

5.4. Das funções da Jurisprudência

Limongi França, em estudo sobre o tema, identifica como função da Jurisprudência a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, com a adequação entre os termos da proposição jurídica ao fato. Sua função primordial corresponde a dar significado à norma jurídica, aplicando, à singularidade do caso concreto, a norma. Esta é, em síntese, a concepção tradicional da Jurisprudência.

Identifica-se, portanto, como função da Jurisprudência, dar vida ao Direito. Quer isto dizer que, instalada a jurisdição, a Jurisprudência tem como escopo amoldar o direito ao fato a partir de sua invocação pelos interessados.

⁷⁸Ver KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 184).

Porém, segundo o autor, a norma posta seria impessoal e não possuiria, dentro de sua descrição prescritiva, todos os elementos necessários para aplicação à controvérsia. A Jurisprudência, neste sentido, teria como terceiro escopo minorar a rigidez do conteúdo normativo à controvérsia, segundo o princípio da “ars boni et aequi”, de forma a não sucumbir ao formalismo.

A Jurisprudência ainda teria como função suplementar as chamadas lacunas nos casos de ausência de prescrições jurídicas. Dado que não é deferido ao magistrado eximir-se de julgar as controvérsias que lhe são apresentadas para julgamento (regra do *non liquet*), a Jurisprudência tem como função suprir a lacuna normativa por meio da analogia, costume e princípios gerais do direito.

Por fim, uma norma produzida em um determinado momento pode ter seu significado atingido em razão da mutação e evolução na sociedade. A Jurisprudência guardaria a função de atualização da norma e sua adaptação, quando possível, às necessidades do corpo social na medida em que ocorre o distanciamento histórico.

Fica claro que, historicamente, o papel da Jurisprudência foi sendo limitado à mera atividade de aplicação da norma posta. Adequada à clássica divisão de poderes de Montesquieu, à Jurisprudência foi relegado um papel coadjuvante em relação ao Direito – o que parece não mais fazer sentido diante da incapacidade das usuais fontes de criar o direito e da ampliação ao acesso à Justiça nas últimas décadas.

5.5. Jurisprudência e fontes do direito

O que os teóricos em Direito usualmente definem como fontes correspondem às manifestações vinculativas da conduta humana. Ainda que com maior ou menor amplitude, o atributo de fonte encontra-se relacionado e condicionado fortemente ao poder de criação de imputação de consequência às condutas humanas.

Particularmente quanto à jurisprudência, o problema que se coloca ao seu reconhecimento como fonte relaciona-se com a liberdade da função jurisdicional. Em outras palavras, discute-se se, à jurisprudência, é facultada uma função para além da mera aplicação, participando da criação do Direito.

Autores como Cappelletti apontam, na atualidade, para o surgimento de um direito judiciário na contramão dos procedimentos de codificação de condutas decorrentes da extensão da atividade estatal em todos os seus ramos (legislativo, executivo ou judiciário), fenômeno este vivido tanto nos países de direito continental como naqueles da *common Law*⁷⁹. Para o autor, o direito oriundo da Jurisprudência envolve uma criatividade produtiva distinta daquela ligada à discricionariedade de resposta às chamadas lacunas normativas.

Toda a atividade de interpretação judiciária envolve um grau de criatividade no processo de aplicação do Direito. Mesmo que se considere o direito legislado, nenhuma norma posta é capaz de abranger todas as hipóteses legais, e somente serão preenchidas pela via judiciária no ato de aplicação da norma. Quando falamos de um direito judiciário, não estamos nos referindo a este trabalho decorrente do preenchimento das lacunas normativas.

Da mesma forma, ao falarmos de direito judiciário, não estamos tratando da reformulação da atividade de interpretação surgida no fim do século XIX e desenvolvida no curso do século XX. A revisão da hermenêutica dentro do direito, com a evolução no campo da linguística, muito embora tenha levado a avanços nas críticas em torno da questão da Justiça, somente promoveu um novo alento na tradicional concepção do direito positivo ao promover o esforço de interpretação sobre bases mais amplas. Porém, até porque ainda encerrado sobre os grilhões do positivismo e do dogmatismo, as repercussões de uma nova atividade hermenêutica pouco influenciaram no sentido de um direito judiciário.

O direito judiciário a que se refere Cappelletti não corresponde ao ato de preenchimento de lacunas muito menos de uma renovação da atividade interpretativa, mas sim ao exercício da jurisdição como fonte primária à construção do direito, ou seja, vinculativas de condutas.

⁷⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 17-18.

A questão não se revela simples, em especial, se tomarmos a clássica teoria da representação de vontades desenvolvida por Locke. Para Locke, o direito somente pode surgir de um ato no qual se espelha a vontade e os interesses da maioria. O processo de produção legislativo foi criado como uma forma de validação destes interesses da maioria, e que tem, como contrapartida, a representatividade de interesses por meio dos integrantes do poder legislativo.

Este interesse das maiorias estabelecerá os limites da atividade judiciária, que nada mais seria do que um guardião do conjunto de leis impostas pela maioria. A resistência apresentada ao direito judiciário revela-se neste ponto. Argumenta-se que o reconhecimento de um direito judiciário não somente resultaria na afronta da clássica teoria dos três poderes como também ao próprio sistema de representação do processo legislativo.

Quanto à violação ao sistema de contrapesos na clássica divisão de poderes, o tema encontra-se bastante minorado diante do alargamento da atividade estatal no domínio social. A partir do Welfare State, ao assumir o papel condutor no desenvolvimento da vida em sociedade, o Estado absorveu tanto a atividade executiva como de distribuição da justiça. Os efeitos desta centralização dos modos de produção e aplicação do Direito em prol de uma manutenção ou revisão da clássica divisão dos poderes não é objeto de estudo. O que é importante verificar é que, com a concentração da produção e aplicação do Direito pelo Estado, parece pouco razoável, diante das transformações sociais ocorridas desde a teoria de Montesquieu, que se defendam teorias puristas em torno da divisão dos poderes.

A questão é mais complexa no que se refere ao problema da representação política. Uma lei é concebida como um produto do corpo social e somente admite-se sua natureza vinculativa a partir da sua criação dentro dos procedimentos representativos do poder legislativo. A crítica a um direito judiciário parte do desrespeito a esta garantia de representatividade da lei.

Ao lado disso, parece inegável que juízes são formados por juízos de valores que refletem sua condição socioeconômica e que esta formação tem seus reflexos na forma de julgar. Assumir a possibilidade do direito a partir da experiência resultaria na preponderância de valores subjetivos – não

necessariamente ligados à vontade da maioria, o que ameaçaria o sistema da legalidade construído no curso do paradigma do direito continental.

A questão da representatividade parece guardar uma relação próxima com o problema da separação de poderes. Como mencionado anteriormente, o aumento da atividade estatal nos últimos séculos demonstrou a impossibilidade da rígida separação entre os poderes, particularmente se tomarmos que a figura burocrática do Estado absorveu as funções executivas e de ofertar a prestação jurisdicional.

Entretantes, para que o Welfare State pudesse cumprir com a função judiciária, houve um processo burocrático de estruturação e profissionalização dos magistrados dentro de um quadro de carreira. O condicionamento do ingresso à atividade da magistratura resultou na profissionalização da atividade, com a criação de mecanismos de limitação da subjetividade das decisões nos sistemas continentais.

Concomitantemente, a consolidação de garantias constitucionais de ampla defesa em regras claras escritas dentro da evolução dos regimes democráticos visou à diminuição do grau de arbitrariedade da atividade jurisdicional. Garantias legais como da motivação das decisões e da possibilidade de sujeição das decisões ao duplo grau de jurisdição corresponderam evolução do Poder Judiciário e, em tese, sérios limites de controle às decisões judiciais arbitrárias.

Mencione-se, ainda, que, em contrapartida à montagem de um aparato judiciário para exercício de direito, houve um forte desgaste e incapacidade das tradicionais formas de produção do Direito. O procedimento de produção legislativa apresentou-se como moroso e incapaz de responder à evolução das sociedades modernas. Agravadas pela falta de uma agenda de debates sociais, o Poder Legislativo concentrou-se nas atividades de natureza macroeconômica (aprovação de orçamentos, etc.) e praticamente de fiscalização da atividade do Poder Executivo.

Tanto a profissionalização e autonomia da magistratura⁸⁰, como a evolução das garantias constitucionais processuais de ampla defesa em favor da ampliação do acesso e distribuição da justiça nos Estados Democráticos de Direito são fortes elementos em favor da consolidação de um direito judiciário. Ao contrário de abstratas normas de conduta social, o direito apresenta-se como fruto da experiência compartilhada em sociedade, amoldando os direitos às necessidades da coletividade no seu momento histórico. A resultante da ação social, ao final, aproxima-se muito mais da representatividade de interesses do que normas de conduta social produzidas abstratamente para aplicação e que, em muitos casos, acabam por não serem reconhecidas como manifestações válidas em Direito em razão de colidência de conteúdos normativos. Inúmeros são os exemplos de leis que, mesmo seguindo o procedimento leal de criação, acabam por ser invalidadas ou tornaram-se ineficazes.

Por fim e não menos relevante, é de se ponderar que a questão da subjetividade dos julgamentos apresenta-se independentemente da garantia de existência ou não de normas escritas produzidas no usual procedimento legislativo de criação do direito. A garantia da aplicação do Direito, nestes casos, não está tanto na existência da norma posta, mas sim de sua confirmação nos julgados, nas instâncias que sucederem para apreciação das questões ligadas ao Direito.

5.6. Da retomada da questão do direito entre os Antigos. A questão da prática judicial

Qualquer estudante que se inicie no estudo do direito estaria compelido a crer que o direito positivo sempre existiu e que o direito romano nada mais corresponde do que uma curiosidade histórica do direito e suas instituições. Porém, se analisarmos a evolução histórica do direito continental com maior rigor técnico, perceberemos que a situação é inversa.

⁸⁰Na Constituição da República Federativa do Brasil verifica-se presente a fixação da composição dos Tribunais Superiores como a sua repartição conforme especialidade (critério da profissionalização), ao mesmo tempo que se garante a independência do Poder Judiciário em administrar sua própria estrutura (critério da autonomia expressa nos arts. 96 a 99 da Constituição Federal).

As idéias do positivismo e formalismo jurídico é que são extremamente recentes, já que seu movimento de afirmação e consolidação somente se iniciou com a experiência da codificação revolucionária francesa. Até então, os ordenamentos jurídicos dos países de tradição continental utilizavam-se das regras em direito romano, mesclando sua aplicação com ideais jusnaturalistas e religiosos.

Até o advento do Código Civil Alemão, o *Corpus Iuris Civilis* era o direito aplicável para a solução das lides e controvérsias que se apresentavam perante os tribunais. Os alemães tinham no direito romano uma legislação modelo, cujas fórmulas e princípios, transmitidas pela tradição, representavam uma fonte inesgotável de dedução racional para aplicação dos casos. Fato é que, mesmo após abandonada as práticas do direito romano pelos povos de tradição do direito continental, seus princípios e fórmulas permaneceram por meio de sua inserção nos códigos modernos.

Como admitir que um direito reunido de forma esparsa poderia se manter de forma tão duradoura, servindo como base legal por séculos a diversos ordenamentos jurídicos, enquanto atualmente, fundados nas mais elevadas premissas de evolução e desenvolvimento racional, não é possível editar uma lei sem que esta se torne em pouco tempo defasada? De onde viria esta força e vitalidade que permitiu a manutenção do direito romano durante tanto tempo, alimentado as decisões e julgados?

Um primeiro ponto para responder a esta questão parece estar no fato de que o direito romano manteve, durante séculos de existência, no campo prático, a indissociabilidade entre *ius* e *istitia*.

As fórmulas em direito criadas pelos romanos guardam a exata noção e proporção entre o direito e a justiça das relações. Mas não somente isso. A ocupação do direito dava-se dentro do âmbito da casuística que era apresentada a julgamento. Ou seja, a fórmula de decisão encontrava estreita relação com a casuística do conflito a restituição da justiça no direito.

Os romanos povos eminentemente práticos e tinham na figura do pretor o exemplo mais vivo da preocupação e ocupação dos romanos com a questão da

justiça no direito. O pretor era o magistrado romano que, diante da injustiça das leis escritas, buscava fórmulas para solução do litígio e, com isso, o desfazimento da injustiça. O pretor não podia transformar o direito

A justiça correspondia a um atributo essencial do direito. Assim, toda vez que o direito posto não correspondesse a um exercício da justiça, era função do magistrado investido na preturia apresentar uma fórmula em substituição que atenuasse o rigor da lei.

Apesar disso, não se pode dizer que os romanos não nutrissem o respeito ao direito posto. Pelo contrário. Segundo Cruet⁸¹, a ação da jurisprudência criada a partir do exercício da pretúria dava-se pela veneração dos romanos aos seus monumentos legais. Os romanos tinham nos textos antigos a fonte de inspiração e de vitalidade, ponto de partida do qual seus intérpretes deduziam soluções práticas e elegantes.

Apesar disso, os romanos eram criteriosos o suficiente para reconhecer que, quando as disposições escritas não mais guardassem identidade com a experiência, necessária era a mudança de orientação e o abandono da prescrição. O direito dos jurisconsultos, neste sentido, nas palavras de Cruet⁸² era um direito fictício, já que não expressava a exata vontade do direito legal.

Dentro de seu programa de ação o pretor não tinha poderes para alterar o direito consagrado. Assim, a única alternativa que lhe restava para a restauração da identidade entre *ius* e *iustitia* era a adoção de uma série de medidas indiretas que tornassem inaplicáveis a lei injusta. Assim, por processo de ficções, afastava o pretor a exigência das sonelidades legais. Porém, na medida em que julgavam os casos, criavam novas regras que serviriam de apoio a outros julgamentos.

Três considerações relevantes em relação ao fenômeno da preturia romana trazida para consideração, em especial diante das semelhanças com o movimento do ativismo jurisdicional.

A primeira refere-se à constatação de que o programa de ação do pretor guarda uma relação direta com uma crise anunciada naquela época, a saber, a

⁸¹CRUET, Jean. op. cit., p. 26-33.

⁸²Id., loc. cit.

prática de um direito formular que não importaria na perda da identidade entre direito e justiça. Diante da inadequação das fórmulas romanas ao estabelecimento da identidade entre direito e justiça, criaram-se ficções para afastar a aplicação da norma posta injusta.

A segunda refere-se à questão da ligação entre o direito e justiça e da correlação entre estes termos para a prática judicial. A criação da figura do pretor surge da exigência de superar situações iníquas decorrentes da fria aplicação de fórmulas. Como para o romano é inconcebível uma separação do direito e justiça, a única forma de reestabelecimento do direito seria por meio da prática de um processo.

É claro que a idéia de criação de um processo para um caso específico e o expediente às ficções criadas pelo pretor seria objeto do protesto de inúmeros juristas modernos. Porém, por mais que hoje possam parecer absurdas as práticas, ressaltamos que o que é importante destacar é o significado que reveste os atos, a saber, a retomada do direito como justiça.

A terceira refere-se ao exercício do direito como justiça dentro do contexto. Os romanos não negavam a imutabilidade dos textos, em especial nos casos em que o direito do legislador, não acompanhando a evolução da sociedade e de seus costumes, tornam-se incompatíveis. Os romanos não se prendiam ao texto da lei. Este eram apenas uma orientação a ser seguida, jamais uma comando imperativo.

5.7. Da crítica à visão positivista da Jurisprudência

Dentro de uma ótica normativa, restou claro o papel limitado da Jurisprudência às funções de interpretar, vivificar, complementar, suplementar (lacunas) e atualizar o direito. Neste quadrante, a vinculação da decisão à lei seria imperativa e a decisão judicial teria como tarefa a concretização do conteúdo da lei com vistas à solução do caso concreto.

Independentemente dos argumentos em favor ou contrários à afirmação de um direito judiciário – seja dentro dos limites de poderes demarcados por Cappelletti ou mesmo no sentido legislativo⁸³, não se apresenta como mais justificável uma visão tão estreita do papel da jurisprudência na atualidade. O ideal de que as decisões judiciais decorreriam de normas postas encontra-se superada.

Não raro já se observou, em diversas situações, a alteração da jurisprudência sem a contrapartida da renovação da norma. Pior, exemplos existem que, de forma a desfazer situações iníquas, a jurisprudência afastou a aplicação de normas positivadas para aplicação de conteúdos mais éticos e condizentes com a evolução das sociedades.

Estas experiências demonstram que, a partir do Welfare State, as normas positivadas passaram a ter uma concepção distinta daquela da época da codificação. De forma a enfrentar as transformações sociais, as normas passaram a ser instrumentos de ação social⁸⁴.

Como a aplicação de normas positivadas seria confirmada a partir da experiência em sociedade, o direito somente se afirma e renova com a atividade jurisdicional diante do conflito. Em outras palavras, é o juiz que, ao interagir com as partes no conflito, define o que corresponde ao direito. Regras, portanto, apresentam-se como possibilidades de escolha e aplicação. Mas, na medida em que correspondem a uma possibilidade, podem deixar de ser aplicadas e podem ser substituídas segundo as exigências da sociedade.

Acredita-se que um direito que se construa a partir da experiência não representa uma base sólida de fundação, podendo afetar os princípios da garantia e segurança jurídica. Lembre-se que, quanto a este, a tradição do direito continental esforçou-se por vincular a conduta do juiz à lei escrita. Esta vinculação do juiz aos ditames da norma refere-se tanto à previsibilidade da decisão como na conduta e

⁸³ Quanto debate sobre o tema, ver CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 63-96.

⁸⁴ Autores como LUHMANN apontam pela reestruturação funcional do Direito a partir do Welfare State. O direito posto corresponderia a um conjunto de normas sobrepostas, disponíveis para aplicação segundo critérios seletivos do juiz. (*Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher, 1987. 1, s. 190).

comportamento do juiz. Somente é possível verificar a legalidade do ato do juiz a partir do momento que considerarmos existir uma norma delimitadora da conduta.

Como superar o dilema que se apresenta entre a liberdade de fixação dos conteúdos normativos em prol das transformações sociais e a exigência da vinculação do juiz a comportamentos previsíveis decorrentes da normatização? Uma solução ao dilema entre liberdade *versus* garantia pode se apresentar se analisarmos isoladamente cada um dos núcleos de debate.

Ao tratarmos da liberdade de fixação de conteúdos, estamos falando da ação dos juízes e operadores do direito sobre os conflitos *ipso facto*. É certo que, conforme evoluem as sociedades, as normas devem se adequar às mesmas⁸⁵. A jurisprudência, ao adequar seus conteúdos, nada mais faz do que adaptar a norma posta à experiência em coletividade. Denominaremos estas normas cujo conteúdo são fixadas pelo juiz como regras sociais.

Quando tratamos da questão da segurança em torno dos julgados, pelo reverso, estamos nos referindo às garantias e procedimentos criados que visam dar previsibilidade e regularidade à atividade jurisdicional. Neste caso, estamos diante não de regras decorrentes da experiência social, mas sim daquelas voltadas para o exercício e defesa de direitos, servindo para fixação dos conteúdos das regras sociais. Como se tratam de prescrições de condutas e garantias denominaremos estas como regras garantias.

Regras sociais e regras garantias coexistem na atividade jurisdicional. A liberdade de fixação de conteúdos refere-se às normas de solução do conflito, às regras sociais. Porém, para que sejam “construídas” a partir da experiência, as regras sociais, devem estar presentes as regras de garantia, que estabelecem a regularidade dos procedimentos de fixação das regras de aplicação aos conflitos, sem que incorra em arbitrariedade.

Um exemplo poderá melhor delimitar a questão. Quando a Constituição Federal define que o exercício dos direitos de propriedade será firmado em

⁸⁵Conforme observa Faria, em tempos de globalização e transnacionalização dos capitais, mesmo a idéia de Constituição já não se revela como princípio absoluto do qual irradia toda a conformação do ordenamento jurídico e que subordina todas as demais leis. Em diversos casos a Constituição tem seu conteúdo esvaziado por força de novos esquemas regulatórios e formas de organização supranacionais (FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 20).

atenção à função social, o termo função social é bastante amplo a ponto de possuir acepções distintas conforme o tempo. Cabe aos operadores do direito definirem qual entendimento em torno do que seja função social, a partir da experiência da jurisprudência. Apesar disso, mesmo que em um momento defina-se o que seja função social, esta designação pode e deve ser alterada e adaptada em conformidade com a evolução da sociedade e suas necessidades. Estamos aqui diante das normas sociais.

Porém, até que sejam fixados os conteúdos da norma jurídica, necessário é o exercício do diálogo em torno da questão, o que somente se apresenta diante do contraditório. A delimitação do conteúdo a partir da experiência pede pela existência de normas que garantam aos operadores do Direito a possibilidade mais ampla de defesa de seus interesses. Estas são as normas garantias que, na sua grande maioria, espelham-se nos direitos fundamentais de defesa e de revisão do julgado.

5.8. Jurisprudência e normas sociais: a hermenêutica da experiência social

Ao confirmarmos a Jurisprudência como espaço de construção do Direito, resta claro que, para atingir o ideal perseguido de segurança nos sistemas de direito continental, há que ocorrer uma alteração da perspectiva da relação dos operadores do Direito e seu objeto.

É certo que, dentro da concepção tradicional de Jurisprudência consolidou-se, como uma de suas funções, o papel de interpretação do Direito. Se se entende que a interpretação limita-se a uma questão técnica de subsunção entre norma e fato, o papel da Jurisprudência seria apenas de mera aplicação.

A experiência em torno da aplicação das normas a partir do fenômeno da positivação demonstrou ser ingenuidade admitir um papel tão restrito e mecânico da Jurisprudência, exigindo da atividade de interpretação mais do que a mera adequação entre fato e norma.

Mais: a partir da concepção de que o direito não tem conteúdos imanentes em si, mas sim a partir de um exercício constante de fixação de seus conteúdos (confirmação ou desconfirmação), pode-se depreender as limitações de tão restrita posição da atividade jurisprudencial em torno da interpretação do direito.

Por fim, as compreensões equivocadas em torno do Direito como técnica, simplificando a tarefa da jurisprudência à questão quantitativa de julgados como critério de medição da eficiência, reforçou ainda mais o caráter mecânico da atividade jurisprudencial.

Todas estas manifestações não se revelam compatíveis com a relevância do papel de fixação do conteúdo das normas. Uma interpretação desta magnitude englobaria não somente a aplicação da norma, mas, a partir da compreensão de sua linguagem e valores, a aplicação situada no mundo.

Foi Gadamer que, a partir dos trabalhos de Schleiermacher e da perspectiva da ontologia fundamental em Heidegger deu um novo alento à atividade hermenêutica, criando o conceito de circularidade na compreensão dos textos. Para Gadamer, todas as relações humanas são mediadas pela linguagem. Porém, apesar dos textos possuírem um marco histórico, a atividade de interpretação é incessante. Se é verdade que o texto foi criado em um determinado momento histórico e submetido a condições sociais próprias, ao evoluírem estas, existe a necessidade de sua releitura. O círculo hermenêutico corresponde a este processo de interpretação dos textos e sua adequação à sua injunção social.

A atividade hermenêutica possui um movimento circular. Todo processo de compreensão parte do problema e a este retorna. Assim, ao contrário da estrutura linear de compreensão e imputação do Direito por meio da conexão de sentido, a hermenêutica de Gadamer propõe o sentido no texto a partir da constante comparação entre partes do texto com o todo e deste em situação com suas relações de vitalidade.

Aplicando esta estrutura à hermenêutica jurídica, podemos dizer que a demanda de solução parte do fato e condicionantes para o campo normativo e deve retornar a este ponto de partida ao final para confirmação de sua resposta. O

retorno ao ponto de partida não representaria uma tautologia, mas sim uma evolução do estágio de compreensão do conflito e de sua relação com o texto normativo.

Neste raio da ação, não é a norma que antecede o conflito, mas sim o conflito que demanda pela aplicação da norma e, na sua incompletude ou ausência, o seu preenchimento ou suprimento. A ação do jurista é no sentido de interferir e conduzir o conflito à preservação do melhor direito.

Ora, se a estrutura de aplicação da norma não é linear, mas sim circular, isto reforça a tese de que a norma posta não corresponde propriamente ao direito, mas sim a um preceito à disposição de uso para solução do conflito. Por preceito normativo estamos afirmando o conjunto de conhecimentos prévios à lide trazida a julgamento e que é formada pelo conhecimento decorrente de estudos intelectuais ou mesmo a partir da experiência. Todo conflito demanda um direito. O conflito demanda do jurista a resposta que depende do conjunto de conhecimentos preexistentes, das estruturas sociológicas a que estão ligados, mas que retornam ao conflito em um novo estágio de compreensão.

Neste procedimento circular da compreensão do conflito, o que releva notar é: o Direito revela-se não mais tanto do procedimento de criação da norma segundo os procedimentos de validade, mas sim do reconhecimento de sua aplicação segundo os princípios instrumentais técnicos de garantia do exercício do direito de defesa.

Ora, a se confirmar que o direito seria o quanto passa a ser definido pelos Tribunais segundo o princípio instrumental técnico da ampla defesa, temos como desarticulada a afirmação de que a Jurisprudência corresponde a mera aplicadora do Direito. Não é a norma posta que define o que é o direito, mas sim o conflito situado que permite delimitar o que é o Direito em um determinado momento.

Concordamos, neste sentido, em gênero e grau com a orientação de Larenz para quem as normas postas são apenas um repertório instrumental posto à disposição de uso e manuseio para solução do conflito. O direito não preexiste nem subordina o conflito. É, pelo contrário, o conflito, no espaço das vivências

que demanda a norma – em sua integralidade ou adaptada, ou mesmo, quando não existente, demanda sua criação.

5.9. Jurisprudência e normas garantia

O desmonte da base positivista na compreensão da Jurisprudência não se limita a uma nova ação interpretativa dos órgãos jurisdicionais em interação com os operadores do direito, mas também na ação dos atores na defesa de seus direitos. Na medida em que, diante da crise no mundo jurídico, o conteúdo do direito passou a ser fixado pelo juiz, necessita-se que aos interessados seja dada a ampla possibilidade de defesa.

De nada adianta o trabalho hermenêutico se não há complementaridade e, pior, a garantia de possibilidade de acesso para defesa dos interesses de cada interessado. Esta foi a herança da tradição do direito continental, inicialmente com a Declaração do Homem e do Cidadão nas revoluções liberais, posteriormente consagrada com o procedimento de codificação das normas positivas.

Estes marcos históricos sedimentaram a exigência de normas garantias contra condutas arbitrárias dos soberanos e juízes, permitindo sua fiscalização. Posteriormente, estas experiências foram incorporadas e absorvidas pelos Estados Democráticos de Direito, hoje consagradas, em sua grande maioria, nos direitos fundamentais presentes nas Constituições Federais.

Estes direitos garantia encontram-se consagrados (a) na garantia de acesso jurisdicional e de ampla defesa; (b) na garantia do juiz natural; e (c) na garantia de revisão dos julgados.

5.9.1. Do acesso universal à jurisdição e do estabelecimento do contraditório efetivo na defesa dos Direitos

É usual afirmar que, a partir das experiências das Revoluções Liberais do final do século XIX, as formações estatais acabaram por desenvolver-se para os chamados Estados de Direito. Por esta designação afirma-se a exigência de subordinação do Estado à lei⁸⁶. A evolução do Estado de Direito tendeu, nos períodos subsequentes, à adoção de medidas de implementação das garantias consagradas na Declaração dos Direitos contidos nas revoluções liberais americana e francesa.

A proteção das garantias declaradas seriam consagradas por meio do devido processo legal, particularmente com o desenvolvimento de regras preestabelecidas para coibir o arbítrio do governante e permitir a preservação de direitos. Vale lembrar que, o *due process of Law*, originário da experiência dos povos anglossaxões estabeleceu a base que posteriormente foi alargada para o que hoje é conhecido como contraditório processual, garantia atual mínima para defesa dos direitos individuais e coletivos por meio de um procedimento ordenado, marcado pela previsibilidade e publicidade dos atos.

Esta ordenação previsível dos atos foi erigida de forma a afastar a arbitrariedade do aplicador do direito. Reconhece-se, com isso, que a atividade jurisdicional não se acha entregue à livre disposição e vontade do juiz. Pelo reverso, a previsão de regras de conduta processual corresponde a uma justa medida de proteção e defesa de direitos em juízo.

Por trás destes procedimentos encontra-se o ideário da garantia de segurança jurídica, um sistema previsível de ações, amoldados a padrões técnicos

⁸⁶Neste sentido, vale conferir o posicionamento de Geraldo Ataliba que, fundado no ensinamento de Pallieri adverte que somente é possível reconhecer um Estado 'de Direito quando o próprio Estado se submete à jurisdição que aplica, como parte qualquer (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Ed., 2001).

procedimentais e para os quais, sua inobservância importa na nulidade e irregularidade do ato⁸⁷.

Porém, apesar da importância da construção do processo contraditório para a proteção e segurança jurídica, a ampliação do acesso à justiça e proliferação dos litígios acabou obscurecendo esta base histórica. Como forma de responder ao aumento vertiginoso de lides nos tribunais, a garantia do *due process of Law* banalizou-se, tornando-se, no mais das vezes, uma formalidade técnico burocrática.

Com sua inserção no circuito de armação da técnica, o *due process of Law* perdeu na atualidade seu sentido de garantia de direitos para criar a aparência de distribuição de justiça, dispensando-se o juiz de praticar uma atividade hermenêutica dialógica criativa, necessária a responder ao quadro atual. O resultado disso é a sensação de déficit de justiça e que, aliada à morosidade, resulta por aumentar o descrédito em torno do direito criado a partir da experiência.

O aumento da atividade da jurisprudência na determinação e fixação de conteúdo do direito não pode limitar-se à execução formal de procedimentos previstos no *due process of law*. Há necessidade que o acesso e exercício da defesa de direitos estejam fundados na base originária do instituto, qual seja, obedecer às regras procedimentais visando a construção do sentido mais justo e acurado do direito.

5.9.2. Da garantia do juiz natural

Como corolário à garantia de acesso à jurisdição, é necessário um órgão de aplicação imparcial e independente. A origem desta garantia remonta à clássica tripartição de poderes. Em resposta ao seu momento histórico, Montesquieu

⁸⁷Trata-se, portanto, de um equívoco a alegação de que todo e qualquer tipo de norma jurídica corresponde a uma garantia de direitos. A evolução social e a necessidade de adequações de normas a estas exigências demonstram que conteúdos de normas sociais podem variar conforme o tempo. O mesmo, porém, não é admitido para as normas garantias, que somente podem ser derogadas ou afastadas mediante um procedimento de validação próprio.

observou, como recomendável a repartição dos poderes em três atividades, a saber, legislativa, executiva e judiciária. O bom funcionamento de um Estado encontra-se na justa medida de distribuição destes poderes e na independência dos órgãos incumbidos desta atividade. Visava-se, com isso, a desconcentração dos poderes estatais, separando o ato de criação do ato de aplicação e, destes, com o de interpretação. O sistema de freios e contrapesos pretendia estabelecer, ao lado da independência de ação sobre sua área reservada, o poder de fiscalização de um poder pelo outro.

Porém, não bastava a formal separação de poderes. A desconcentração necessitava ser traduzida por mecanismos práticos de forma a dar efetiva autonomia e independência aos poderes. As garantias de independência e imparcialidade foram traduzidas em prerrogativas ligadas à atividade. A criação dos chamados predicamentos da magistratura visavam criar autonomia ao Poder Judiciário, de forma a protegê-lo da esfera de influência e ação dos outros poderes.

As prerrogativas do Poder Judiciário em favor de sua autonomia traduzem-se pelas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Por vitaliciedade, entende-se a garantia de manutenção do cargo, ressalvada a hipótese de decisão judicial que casse este direito. Já quanto à prerrogativa da inamovibilidade, entende-se a regra geral de remoção de cargo somente em decorrência de vontade do magistrado. Por fim, a garantia da irredutibilidade corresponde à proibição de redução dos vencimentos.

Em contrapartida, ao lado das prerrogativas, como corolário à independência funcional, são ainda delimitadas as vedações ao exercício de atividades que possam comprometer a atividade judicial. Com isso, na atualidade, veda-se ao magistrado o exercício de qualquer outra função ou atividade, ressalvado o magistério e o exercício de atividade político-partidária.

5.9.3. Da garantia de revisão dos julgados

Como garantia complementar de justiça às decisões, estabeleceu-se o direito fundamental de revisão dos julgados. O princípio processual conhecido como duplo grau de jurisdição confere ao interessado insatisfeito com uma decisão, o direito à revisão por uma instância superior.

Funda-se o ideal na possibilidade de falha de julgamento de um órgão judiciário e, por força disso, a garantia de que o prejudicado possa influir no resultado final do julgado ao qual não se conformou. Apesar de um direito fundamental, é inevitável constatar que a garantia de um grau de revisão corresponde a uma forma de controle da atividade. Conforme ensina Grinover, trata-se de um controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias.

A garantia de controle e fiscalização das decisões judiciais avulta-se como pressuposto indispensável em um contexto em que compete ao poder judiciário a fixação do conteúdo do direito. Assim, ao conceber-se que as normas postas têm seu conteúdo fixado em razão das necessidades da sociedade em um determinado momento, torna-se imperioso que as decisões estejam submetidas a uma possibilidade de revisão que se revele efetiva no estabelecimento da justiça.

5.10. Um julgado para análise: a controvérsia jurídica em torno da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)

Em 04 de junho de 2010, o Poder Legislativo, em complementação à legislação eleitoral, aprovou a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, diploma este que passou a ser conhecido como “Lei da Ficha Limpa”.

A proposta de criação da lei era decorrente de iniciativa popular e estava assentada no interesse coletivo de se estabelecer regras que visassem

resguardar a probidade administrativa e a idoneidade dos candidatos que pretendessem se candidatar ainda durante as eleições de 2010.

O diploma regulamentou a Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, ao elencar as hipóteses objetivas de inelegibilidade, conforme determina o §9° do art. 14 da Constituição Federal⁸⁸. Dentro das razões explicitadas na edição do diploma, o legislador ordinário fez constar o escopo da criação do dispositivo, a saber, “proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato”.

A Lei Complementar estabelecia ainda, em seu artigo 5°, sua eficácia imediata, entrando “em vigor na data de sua publicação”. Por força disso, os Tribunais Eleitorais de cada Estado da República Federativa do Brasil passaram a exigir, na fase pré-eleitoral, o atendimento dos candidatos à Lei Complementar n° 64/1990, com os acréscimos da Lei Complementar n° 135/2010, como condição para candidatura ao pleito eleitoral de 2010.

As “inovações” em torno da exigência de comprovação da vida pregressa dos candidatos – particularmente por meio do atendimento aos requisitos objetivos traçados em lei, bem como as controvérsias em torno de seu alcance imediato para o processo eleitoral de 2010 resultaram em demandas judiciais. Dentre as demandas, firmaremos a análise a seguir do julgado em Plenário do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 630.147DF, Ministro Relator Ayres Britto.

O cerne do mencionado Recurso Extraordinário estava, grosso modo, em seu aspecto maior, na controvérsia em torno do império imediato da Lei Complementar n° 135/2010. Já em seu âmbito mais restrito propunha-se o exame da constitucionalidade da inelegibilidade contida na alínea “k” do inciso I, do artigo 1° da Lei Complementar n° 64/1990⁸⁹, a partir dos acréscimos promovidos

⁸⁸Art. 14. *Omissis*

(...)

§9°. “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

⁸⁹Art. 14. *Omissis*

(...)

pela Lei Complementar n° 135/2010. Ambas questões de direito foram apresentadas como colidentes com o princípio da anualidade da lei eleitoral e da garantia da irretroatividade da lei expressas respectivamente nos arts. 16⁹⁰ e 5°, inciso XXXVI⁹¹ da Constituição Federal.

Analisando especificamente a questão da aplicação imediata das alterações da Complementar n° 135/2010, os ministros do Supremo Tribunal Federal dividiram-se, com o empate de votos entre os ministros a favor e contra a aplicação imediata da lei.

Como dado curioso deste Recurso Extraordinário, em meio aos debates, as eleições de 2010 transcorreram normalmente, já tendo inclusive os cargos eletivos sido preenchidos e empossados, com evidente prejuízo da matéria objeto de discussão.

Um primeiro aspecto que se apresenta do caso objeto de análise é o contorno eminentemente político da matéria. É certo que, apesar de não ser a primeira matéria de cunho eleitoral a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal, o caso presente guarda a peculiaridade de se tratar de uma demanda de natureza social, já que a decisão em torno dos recursos interpostos afetam tanto o recorrente como a coletividade.

Ao lado disso, o caso objeto de análise realça a crise das práticas em torno do direito – o que denominamos como a perda do sentido da técnica em nossa análise. Conforme ousamos demonstrar a partir do pensamento de Canotilho, os tribunais têm sua ação orientada para a solução de litígios segundo uma ótica de proteção individual dos direitos, não sociais.

A análise do direito como prática a partir do Dasein nos leva à questão da identificação do direito como um ente na experiência intramundana e cujo

§9°. “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

⁹⁰Art. 16. “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência”

⁹¹Art. 5°. *Omissis*
(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

sentido somente se dá a partir da coexistência compartilhada do Dasein. Daí porque a necessidade de revisão da técnica no sentido de transcender a experiência da proteção individual na esfera dos tribunais.

Ainda quanto à questão do direito como técnica, cabe lembrar que, se os entes que se apresentam diante do Dasein somente adquirem o sentido a partir de sua utilidade (Um-zu) na experiência compartilhada no mundo. No recurso em questão, verificou-se a perda do objeto da demanda em razão do moroso trâmite processual, o que levou o recorrente a “comunicar a perda do objeto e apresentar desistência”.

Não se pode entender como manifestação autêntica do direito um processo que exista à margem do Dasein. Por isso, dentro de uma perspectiva da analítica existencial, podemos afirmar que o caso apresentado revela-se como uma expressão do inautêntico direito, a mais pura demonstração de absorção do homem pela técnica, a perpetuação do processo sem a exigência do atendimento aos fins que se propõe, a saber, a preservação de direitos ligados ao Dasein.

O caso apresentado também é exemplar no sentido de permitir identificar a contraposição de dois valores caros à construção do direito continental, segundo nossa perspectiva de análise: de um lado, a existência de normas que exigem sua interpretação em conformidade com as necessidades da sociedade - as normas sociais; de outro lado, normas que garantam a preservação de direitos, identificadas neste trabalho acadêmico como normas garantia.

Assim, de um lado, temos os votos a favor do alcance de aplicação imediata da Lei Complementar 135/90 e que justificaram sua posição baseados no argumento dos avanços sociais nos temas políticos, em especial, na definição de regras para habilitação na administração dos interesses públicos e a exigência de moralização e probidade da vida pública. Ao assumir esta postura, os Ministros indicaram a inaplicabilidade da norma garantia insculpida no art. 16 da Constituição Federal, defendendo a necessidade de aderência entre a lei e o interesse coletivo.

Já os votos a favor da inaplicabilidade imediata da Lei Complementar nº 135/2010 invocaram o direito fundamental de participação no processo

eleitoral, aduzindo, em seu favor, a observância da regra do art. 16 da Constituição Federal. Trata-se evidentemente de um argumento escorado em norma garantia.

Tinha-se, portanto, no julgamento do caso presente, a contraposição entre norma garantia e norma social e o conflito entre estas duas orientações de ação: a primeira, voltada para a defesa do interesse da coletividade; a segunda, para um interesse individual.

Não cabe a este trabalho acadêmico definir a regra de direito aplicável, estabelecer opiniões ou juízos de valores em torno de uma melhor decisão da questão. O presente trabalho tem como escopo tão somente desvelar as estruturas do fenômeno do ativismo jurisdicional no horizonte de sua existência, permitindo uma melhor compreensão sobre o tema.

Porém, apesar de não adentrarmos no aspecto técnico-valorativo da questão, entendemos pertinente três observações finais sobre o quanto obtido dos materiais de análise.

A primeira refere-se ao caráter invulgar da Lei Complementar nº 135/2010. Ora, se analisarmos o diploma legal em suas origens, veremos que sua criação deu-se pela via excepcional da iniciativa popular. Trata-se de um dos raros exemplos de mobilização social no âmbito da vida política e que antecedeu o pleito eleitoral de 2010. Não há coincidências, somente fatos. E estes fatos revelam a lei como uma manifestação autêntica do Dasein no sentido de estabelecer, no âmbito da vida política, os anseios e exigências sociais em torno dos requisitos indispensáveis para concorrer ao mandato eletivo.

A segunda observação refere-se à forma como a análise do litígio é firmada. A leitura dos votos indica, na prática, a existência de uma ótica de análise do litígio voltada à defesa de direitos subjetivos e dentro de uma lógica positivista das relações internormativas. Referida postura, ao nosso ver, pode apresentar-se como insuficiente diante do fenômeno do ativismo jurisdicional e aos desafios da concretização dos direitos sociais, econômicos e políticos, a se confirmar a evolução do Estado para os chamados Estados Sociais.

Canotilho nos diz: “A articulação da socialidade com democracia torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da pólis. Uma democracia não se contrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais”⁹².

Por fim, lembramos que um litígio são mais do que palavras e os problemas de lógica que nelas se encerram. Normas e argumentos simplesmente existem. Seu conteúdo não se manifesta nem ganha vida a não ser no âmbito da ocupação do Dasein na experiência da existência compartilhada no mundo. Palavras tanto servem para o sentido do autêntico como inautêntico. Sem o sentido do Dasein, elas representam o aprisionamento.

⁹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes.op. cit., p. 19.

PARTE 6. CONCLUSÃO

As reflexões em torno da questão da Jurisprudência na atualidade revelam a impropriedade da pouca relevância que se dá ao seu estudo dentro da Teoria Geral do Direito.

O denominado ativismo jurisdicional tem como gênese a crise do direito que perdura desde o século XX. É usual imputar a crise do direito aos dilemas ligados ao formalismo e positivismo jurídico. Pretendemos demonstrar no curso deste trabalho, que a crise que se apresenta não é do direito, mas sim do Dasein.

O direito corresponde a um entre tantos outros entes lançados no mundo com o Dasein em sua experiência de coexistência compartilhada. Ou seja, o direito como ente que se apresenta (Vorhandene) somente adquire o seu sentido a partir de sua destinação pelo Dasein (Zuhandene). Com isso, resta claro que a crise que se apresenta não se refere ao direito, mas sim ao Dasein. Toda referência feita no presente trabalho quanto à chamada crise do direito possui esta conotação relacional com o Dasein.

Dentre as causas que levaram à crise do direito, podemos identificar o desgaste do modelo racionalizado da separação dos poderes. Em especial, quanto aos desdobramentos deste projeto de racionalização no campo do Direito, revela notar a incapacidade do legislador ordinário, como depositário da vontade geral, em acompanhar, com a devida celeridade e conhecimento técnico, as alterações da sociedade e a evolução de seus usos e costumes.

Diante do descompasso entre a velocidade da regulamentação normativa e aquelas decorrentes das necessidades sociais fruto da mutação dos usos e costumes, o poder executivo passou a absorver a produção legislativa, de forma a suprir as deficiências deixadas pelo modelo do estado liberal e promover o desenvolvimento do interesse social. Esta absorção do poder de produzir leis para promoção social representou o ponto de superação do estado liberal pelo welfare state.

No entanto, para responder às exigências e deficiências presentes na sociedade, como forma de organização racional da atividade, o Estado munuiu-se de um aparato burocrático para consecução da tarefa de desenvolvimento social. A medida, porém, redundou no aumento das fontes produtoras de direito, com o surgimento do fenômeno da inflação normativa. Diante da complexidade e profusão de normas emitidas, os tribunais passaram a ser a plataforma para resolução dos conflitos normativos.

Ao mesmo tempo, em parte na contramão desta tendência de ampliação dos poderes do Estado, com o advento da globalização e da transnacionalização dos capitais, ver-se-ia ainda, dentro do próprio fenômeno de agigantamento das funções do poder estatal, a descentralização da produção e aplicação do direito.

Esta perda do monopólio na criação e aplicação do direito tinha como origem o aparecimento de uma normatização difusa em razão de interesses econômicos e financeiros ligados a capitais estrangeiros. Conglomerados internacionais representantes de capitais estrangeiros passaram a pleitear por “adaptações” das legislações dos Estados de forma a alocar seus investimentos. *Pari passu*, o aumento da inserção dos Estados nas comunidades internacionais e a criação de mecanismos de interligação e dependência econômico-financeiras fez com que surgissem normas de direito internacional regulamentando áreas antes de competência interna exclusiva estatal.

Por fim, a este quadro complexo de normas jurídicas profusamente lançadas no mundo jurídico, a partir da retomada do processo democrático, verificaram-se medidas de ampliação e efetivação dos direitos fundamentais. Dentre os direitos fundamentais, apresentou-se como ponto revelante a nossa pesquisa, em razão de sua ligação direta com o fenômeno do ativismo jurisdicional, a criação de medidas estatais no sentido da universalização e implementação do acesso à justiça e defesa de direitos em juízo.

Os desafios de um quadro tão complexo de normas aliada ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional às causas trazidas à apreciação em juízo (*non liquet*) acabaram sobrecarregando um Poder Judiciário não preparado a enfrentar tamanha litigiosidade e, para o qual ainda socorre-se de práticas voltadas para a defesa de interesses individuais.

Coube ainda a este trabalho acadêmico demonstrar que a crise do direito encontra-se também presente absorção do direito pela técnica moderna. Pretendemos demonstrar que o direito, apesar de inicialmente concebido como arte e prudência entre os Antigos, com o advento das formações modernas de estado acabou por sofrer alterações, amoldando-se ao modo de produção capitalista.

O direito, guiado pela tônica de racionalização da produção capitalista, adentrou no circuito da técnica, projetando-se sobre o corpo social como um mecanismo de alteração da realidade social. Neste deslocamento conceitual do ideal de prudência para eficiência, o direito passa a ser parte integrante do que Heidegger denominou como a armação (Gestell) da técnica.

A técnica conforma a natureza e estabelece a disposição racional das coisas voltadas para eficiência e boa circulação. O perigo neste processo de funcionamento da técnica como armação é a perda do sentido referencial da técnica a partir do homem, com a sua autonomia existencial e a reificação do papel do homem diante da técnica, ou seja, a sua inserção como mais uma peça dentro da armação da técnica.

Uma vez concluída a ordem da exposição das causas entendidas como responsáveis pela crise do direito, visamos demonstrar que, inobstante as críticas apresentadas ao formalismo e positivismo jurídico, a construção do direito continental em torno da norma posta não se deu de forma aleatória, mas sim a partir da incorporação de experiências históricas em resposta às demandas sociais de seus tempos. Estas experiências, no horizonte da historicidade, representaram marcos de construção do direito continental e que incorporaram lentamente conceitos e práticas ao paradigma de compreensão na construção do direito continental.

Procuramos demonstrar que, dentro das opções abertas, o direito continental foi marcado pela tentativa de construção de modelos racionais de concepção e aplicação do direito. Estes modelos de racionalização advindos da experiência histórica foram transformados em propostas em direção à positivação e conformação de um direito formal, assentadas em um direito mutável (em resposta às necessidades sociais), mas também marcado pela sua forma escrita, para repelir e neutralizar a arbitrariedade e incertezas em torno do direito. O

positivismo jurídico, como proposta, representou a síntese destes anseios, apresentando um programa voltado à construção de um objeto autônomo do conhecimento, despregado da prática social.

Portanto, no plano da práxis e técnica, na medida em que o direito passou a se identificar com normas escritas pretendidas como claras e completas da regulamentação da conduta social, a práxis passou a ser considerada como atividade de somenos, um mero exercício de lógica de adequação (subsunção) entre fato e norma. Daí porque, em contrapartida a uma progressiva e sofisticada evolução do estudo do direito positivo, teremos, em contrapartida, o obscurecimento da questão do direito como prática e técnica.

Da mesma forma que a construção do direito continental não se fez por meio de escolhas históricas aleatórias, o obscurecimento do direito como técnica revela um programa intencional de ação. Este programa visava, em seu bojo, a adaptação do direito dentro da armação da técnica e a anulação das incertezas decorrente da volubilidade na aplicação do direito – ameaça esta atribuída como constante na medida em que o direito fosse mantido como fruto da razão do homem.

Para o fim de adaptação da prática do direito dentro de bitolas, muito contribuiu a superação do direito racional jusnaturalista pelas normas escritas e positivadas. Referidas normas, como não poderia deixar de ser, uma vez adaptadas ao mecanismo de funcionamento segundo o ideal de eficiência e economia, pretendiam criar mecanismos de previsibilidade, uniformidade e segurança nas relações de produção capitalista. A evolução do estado liberal para o welfare state somente reforçou o aspecto do direito como técnica de controle social.

A crise do direito e a ausência de respostas à altura dos desafios presentes no quadro normativo atual, acabou intensificando o aumento da ação da jurisprudência nos últimos tempos, com a alteração de seu papel no direito. Qual o alcance e as consequência deste aumento do ativismo jurisdicional? Esta é uma questão para o qual não temos resposta e somente saberemos seu resultado no horizonte da experiência do Dasein em coexistência compartilhada.

Apesar de não podermos prever o alcance dos resultados da ampliação e intensificação da jurisprudência no âmbito da definição do direito – o que somente será dado em larga medida na experiência da coexistência compartilhada do Dasein, temos como premissa que, para não levarmos a uma ruptura na continuidade da tradição do direito continental, exige-se a aderência mínima a três necessidades identificadas no escorço histórico, norteadores da concepção do direito continental.

São estas (a) a necessidade de um direito mutável em adaptação à necessidade social, (b) a necessidade de garantias mínimas, e (c) a necessidade de adequação da aplicação do direito às conquistas sociais cristalizadas nas normas postas. Portanto, na medida em que presenciamos uma aumento do ativismo jurisdicional como única resposta presente para a atual situação normativa, para que sua experiência não resulte no abandono da tradição do direito no que este possui de mais autêntico, necessário a observância a estas preocupações extraídas das ordem da evolução do direito continental.

A partir da identificação destas necessidades como traços comuns na experiência dos povos do direito continental, ousamos identificar dois tipos distintos de normas aplicáveis ao ativismo jurisdicional. Um primeiro grupo abarcaria as normas cujos conteúdos tem seu conteúdo definido ao corpo social. Tratam-se das normas sociais.

Um segundo grupo refere-se a um núcleo duro de normas, invariáveis e que referem-se a garantias mínimas de preservação da estabilidade do corpo social. Tratam-se das normas garantia. O grande desafio do ativismo jurisdicional corresponde a identificar, no âmbito da experiência em coexistência compartilhada do Dasein, o núcleo intocável das regras sociais daquelas que, em razão dos imperativos da evolução social, são passíveis de alteração.

Advirta-se que, mais do que a identificação entre normas garantias e normas sociais, o direito somente manifestar-se-á em sua forma autêntica a partir do exercício dentro de sua experiência compartilhada, dentro de sua injunção. Mas, por ser o direito um fenômeno que se abre da interação social, mister que a ocupação e preocupação autêntica ocorra junto de todos os atores integrantes do processo.

A experiência romana, neste sentido, é rica em favor da construção de um sentido autêntico do direito. Isto porque, ao reconhecerem como indissolúvel a relação entre direito e justiça, transcenderam às práticas das rígidas normas postas em favor de outras que reestabelecessem o sentido do direito. O processo, neste sentido, nada mais é do que uma das manifestações do direito no sentido da busca do direito autêntico.

Assinalamos que, diante dos desafios atuais, o papel do poder Judiciário como mero reproduzidor da lei encontra-se obsoleto. Dentro de um quadro marcado pela multiplicação das vias irradiadoras de regramentos de conduta, a Jurisprudência, passa a ter papel preponderância na fixação do sentido das normas e que, conforme visto, jamais pode se apartar da experiência compartilhada em sua injunção social. O direito não se limita à norma e seu conteúdo, mas decorre de uma construção conjunta do Dasein em coexistência compartilhada. Quando esta experiência projeta-se no sentido da liberdade, estaremos diante do autêntico direito. Do contrário, teremos sua manifestação inautêntica, com a ocultação do Dasein.

O direito tem seu conteúdo fixado a partir do discurso. A atividade de *suum cuique tribuere* não é uma atividade isolada, a partir de simples processos mentais, mas do discurso firmado entre partes e juiz. Deve-se ressaltar que o que se procura na atividade discursiva inerente ao Direito não é a eficiência, muito menos a segurança, mas sim o próprio homem enquanto pessoa. Ou seja, o homem é o próprio sujeito e objeto da atividade discursiva da jurisprudência.

Se assumirmos esta perspectiva no âmbito da preocupação e ocupação do Direito, poderemos estar superando os temores históricos em torno da insegurança e arbitrariedade na atividade da jurisprudência e rumaremos em direção a um Direito que não se resume à boa circulação da produção, mas sim, destinado a cumprir o que há de mais essencial em qualquer atividade humana: o valor do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDERMAN, Harold. Heidegger's critique of science and technology. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. port. por Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. port. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 42-53, set. 2008.

AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. *Período clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha*. São Paulo: Edusp, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A reforma do Poder Judiciário (EC n. 45) e o controle concentrado de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

ARENDT, Hannah. Politics and philosophy of history: Martin Heidegger at eighty. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

ARISTOTLE. *The Nicomachean ethics*. Trad. ingl. por J. A. K. Thomson. London: Penguin, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 7-14, Set. 2008.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Papagaio, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXVIII, n. 99, p. 80/85, Set. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Community: seeking safety in an insecure world*. Cambridge: Polity Press, 2001.

_____. *Globalization: the human consequences*. New York: Columbia University Press, 1998.

_____. *Legislators and interpreters: on modernity, pos-modernity and intellectuals*. Cambridge: Polity Press, 1987.

_____. *Modernidade líquida*. Trad. port. por Plínio Dentzien, 2000. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

BERCOVICI, Gilberto. O controle externo do judiciário e soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971.

BIONDI, Biondo. *Arte y ciencia del derecho*. Trad. esp. por Angel Latorre). Barcelona: Ariel, 1953.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BLATTNER, William. Laying the ground for metaphysics: Heidegger's appropriation of Kant. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. port. por Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. port. por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. port. por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. port. por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BORGMANN, Albert. Logic, philosophy of science and technology: Heidegger and symbolic logic. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

_____. *Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *Iurisdictio praetorian: história do pretor das origens ao Édito Perpétuo*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Trad. esp. por Isidro Rosas Alvarado. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BRUZINA, Ronald. Heidegger on the metaphor and philosophy. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

BÜLLESBACH, Alfred. *Ciência do direito e ciências sociais*. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *Princípios de teoria dos sistemas*. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. port. por Antonio Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”) In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O direito dos pobres no activismo judiciário In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Analisi dell'esperienza comune*. Roma: Athenaeum, 1930.

_____. *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. Padova: Cedam, 1950.

_____. *Problema della scienza del diritto*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1937.

CAPPELLETTI, Mauro. *Accès a la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984.

_____. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARMAN, Taylor. The principles of phenomenology. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CARRIÓ, Genaro Rubén. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.

_____. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Órgão especial. O Conselho Nacional de Justiça e os predicamentos da magistratura. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. port. por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

_____. *Fundamentos de filosofia del derecho*. Trad. esp. por Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

COING, Helmut. *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*. Frankfurt (Main): Klostermann, 1962.

CORDEIRO, António Meneses. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX [Prefácio]. In: CANARIS, CLAUS-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. port. por Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Progresso, 1956.

DABIN, Jean. *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. Paris: Recueil Sirey, 1935.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. Trad. port. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1950.

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Trad. esp. por Julián Marías. Madrid, Alianza, 1980.

DOSTAL, Robert J. Time and phenomenology in Husserl and Heidegger. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DREYFUS, Hubert L. *Being-in-the-world: a commentary on Heidegger's Being and Time*, Division I. New Baskerville: MIT Press, 1991.

_____. Heidegger on the connection between nihilism, art, technology, and politics. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1995.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Norbert. *Die Gesellschaft der Individuen*. 3. ed. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1987.

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

ENGISCH, Karl. *Idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica*. Trad. esp. por Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. port. por João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 86-91, set. 2008.

_____. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.

_____. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Saint-Amand: Gallimard, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963.

_____. *Hermenêutica jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria e prática dos princípios gerais de direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

FREDE, Dorothea. The question of being: Heidegger's project. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. The historicity of understanding as hermeneutic principle. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. port. por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

_____. *Razão na época da ciência*. Trad. port. por Angela dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Wahrheit und Methode—Hermeneutik*. II. Band 2. Tübingen: Mohr, 1986.

GAOS, José. *Introducción a El Ser y el Tiempo de Martin Heidegger*. 3. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. port. por António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 15-21, set. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *Justiça e democracia*: revista semestral de informação e debates, São Paulo, n. 1, 1º sem. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Napoli: Jovene Napoli, 2001.

_____. *L'ordinamento giuridico romano*. 5. ed. Napoli: Jovene Napoli, 1990.

_____. *La ricerca del diritto*: spunti di un giusromanista. Napoli: Jovene Napoli, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. port. por Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e v. 2.

_____. *Technik und Wissenschaft als Ideologie*. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1969.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. ed. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1985.

_____. *Theorie und Praxis: sozialphilosophische Studien*. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1978.

HAFT, Friotjof. Direito e linguagem. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

HART, Herbert. *Definition & theory in jurisprudence: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 30 May 1953*. Oxford: Clarendon Press, 1953.

_____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____; ADOLPHUS, Lionel. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. Tradução de Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

HECK, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. port. por José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *El problema de la creación del derecho*. Trad. esp. por Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

HEIDEGGER, Martin. Der Begriff der Zeite Die Fragenach der Technik. *Cadernos de Tradução do Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 2, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 16. ed. Tübingen: Niemeyer, 1986.

HELD, David. Citizenship and autonomy. In: *Social theory of modern societies: Anthony Giddens and his critics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

HOFFMAN, Piotr. Death, time, history: Division II of Being and Time. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. History, historicity and historiography in Being and Time. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. New York: Oxford University Press, 2004.

JASPERS, Karl. *Razão e contra-razão no nosso tempo*. Trad. port. por Fernando Gil. Lisboa: Minotauro, [s.d.].

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. port. por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KIERKEGAARD, Søren. *The present age*. Trad. ingl. por Alexander Dru. New York: Harper & Row, 1962.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. port. por José Lamego. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.

LASK, Emil. *Filosofia jurídica*. Trad. esp. por Roberto Goldschmidt. Buenos Aires, Depalma, 1946.

LENEL, Otto. *Das Edictum Perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3. Aufl., Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1974.

LENZA, Pedro. Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da defensoria pública na reforma do judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

_____; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Org.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Francisco Alves, 1916.

LOCKE, John. *The second treatise of government and A letter concerning toleration*. New York: Dover, 2002.

LOPARIC, Zeljko. Metafísica e técnica em Heidegger. In: LOPARIC, Zeljko (Org.). *A Escola de Kyoto e o perigo da técnica*. São Paulo: DWW Editorial, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. port. por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1993.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. port. por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ed. da UnB, 1980.

_____. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher, 1987.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

MANDEL, Ross. Heidegger and Wittgenstein: a second Kantian revolution. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A reforma do judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

MAZUREK, Per. Teoria analítica do direito. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Os 20 anos sofridos da Constituição de 1988. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 37-41, set. 2008.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Conversas*: 1948. Trad. port. por Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão*: temas de direito político e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MORIN, Gaston. *Revolte des faits contre le code*. Paris: Bernard Grasset, 1920.

NEUMANN, Ulfrid. Lógica jurídica. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. Teoria científica da ciência do direito. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*. Madrid: Alianza, 2008.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. *O direito como ciência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Estado e direito na perspectiva da libertação*: uma crítica segundo Martin Heidegger. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. Poder Judiciário: estatuto da magistratura. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

PHILIPPS, Lothar. Teoria das Normas. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. port. por L. Cabral de Moncada). Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

RICOEUR, Paul. Hermeneutics and language: the task of hermeneutics. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

RIPERT, Georges. *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

_____. *Les forces créatrices du droit*. 2. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

ROMERO, Sílvio. *Ensaio de filosofia do direito*. São Paulo: Landy, 2001.

RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism: essays 1972-19080*, 8a ed., Minneapolis: Minneapolis University Press, 1998.

_____. *Essays on Heidegger and others*. Philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. v. 2.

_____. Overcoming the tradition: Heidegger and Dewey. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Reforma do Judiciário e a crise da constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

RYLE, Gilbert. Metaphysics, ontology and fundamental ontology: Heidegger's Sein und Zeit. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Karl Friedrich von. *La codificación: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"*. Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970.

_____. *Metodologia jurídica*. Trad. port. por Heloísa da Graça Buratti. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas sobre a aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. Trad. port. por Manuel Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. Trad. port. por Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da Reforma do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger. Petrópolis: Vozes, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 30-36, set. 2008.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Trad. esp. por José Luis Monereo Pérez. Albolote: Editorial Comares, 2002.

_____. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

_____. *Sul problema della crisi del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1957.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

TAYLOR, Charles. Engaged agency and background in Heidegger. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Karl Friedrich von. *La codificación: una controversia programática basada en sus obras “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” y “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”*. Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970.

TODOROKI, Takao. Estado, tecnologia e guerra no pensamento de Heidegger e na Escola de Kyoto. In: LOPARIC, Zeljko (Org.). *A Escola de Kyoto e o perigo da técnica*. São Paulo: DWW Editorial, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

VICK, George. History of philosophy: Heidegger’s linguistic rehabilitation of Parmenides “being”. In: MURRAY, Michel (Ed.). *Heidegger and modern philosophy: critical essays*. New Haven: Yale University Press, 1978.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. esp. por Luis Díez-Picazo Ponce de León. 2. ed. Madrid: Taurus Ediciones, 1986.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A Reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Orgs.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

VILLEY, Michel. *Critique de la pensée juridique moderne: douze autres essais*. Paris: Dalloz, 1976.

_____. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. port. por Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Dalloz, [s.d.].

WEBBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. 5. ed. Tübingen: Mohr, 1985.

WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1955.

WIEACKER, Franz. *Diritto privato e società industriale*. Trad. it. por Gianfranco Liberati. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

_____. *História do direito privado moderno*. Trad. port. por António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

_____. *História do direito privado moderno*. Trad. port. por António Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

WRATHALL, Mark A. Truth and the essence of truth in Heidegger's thought. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

YOUNG, Julian. The fourfold. In: GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Die Gesellschaft der Individuen*. 3. ed. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1987.

_____. *Teoria geral do Estado*. Trad. port. por António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.