

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.

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 consequências deste aumento do ativismo jurisdicional? Esta é uma questão para a 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 esboço 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.