

Marja Mangili Laurindo

**ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*:
O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM TEMPOS DE
NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOLIBERALISMO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Laurindo, Marja Mangili
ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW : O PODER
JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM TEMPOS DE
NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOLIBERALISMO / Marja
Mangili Laurindo ; orientador, Jeanine Nicolazzi
Philippi, 2017.
147 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Neoconstitucionalismo. 3.
Neoliberalismo. 4. Positivismo jurídico stricto
sensu. 5. Sistemas jurídicos. I. Nicolazzi Philippi,
Jeanine . II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

Marja Mangili Laurindo

**ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: O PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO
E NEOLIBERALISMO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Local, 14 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a, Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof., Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof., Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof., Dr. Lucas Machado Fagundes
Universidade do Extremo Sul Catarinense

AGRADECIMENTOS

À Joana, Rosana e Reginaldo Rigoni e à Rosane e João Auri Cavallini, que me deram grande suporte e me acolheram como parte de suas famílias.

Ao Marcel Mangili Laurindo, que me deu forças para seguir com os trabalhos.

Aos meus amigos Gabriela Paulo, Marina Lis Wassmansdorf, Maria Aparecida Anacleto, Camila Damasceno e Joanir Fernando Rigo, que me apoiaram nos momentos mais difíceis.

Ao Victor Cavallini, com quem jamais poderei saldar minhas dívidas.

À Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, pelos caros ensinamentos ao longo dos anos de CCJ/PPGD.

À Universidade Federal de Santa Catarina e ao CNPq, que permitiram a minha permanência na academia.

“A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo – tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade.”
Luís Roberto Barroso, 2004.

“Neginho quer justiça e harmonia para se possível todo mundo.”
Caetano Veloso e Gal Costa em *Neginho*, Recanto, 2011.

RESUMO

Esta dissertação objetiva compreender as condições socioeconômicas em que se dão e as implicações das transformações do direito brasileiro no que se refere à adoção de procedimentos comuns à tradição estrangeira da *common law*. Disso, se obteve que, em um cenário econômico neoliberal de direito flexível, a análise do discurso politizador e moralizante do judiciário coloca à luz uma série de problemas decorrentes de um novo paradigma interpretativo do Direito. Se para o positivismo jurídico a norma é o limite, para o neoconstitucionalismo o limite está no senso moral do julgador. Nesse estado de crescente indeterminação, adotam-se no Brasil instrumentos estrangeiros como os “precedentes”; além disso, instituições internacionais como o Banco Mundial lançam diretrizes por meio de relatórios como o *Doing Business* que indicam que, em termos de eficiência, o sistema de *common law* é superior ao de *civil law*. Isso, claro, ao mesmo tempo em que vigora, em países como os Estados Unidos, uma teoria herdeira do Realismo Jurídico, a *Law and Economics*, que defende a união entre direito e economia em um nível nunca visto antes. A liberdade interpretativa permitida por esse conjunto de fatores rompe a ideia da necessidade de um direito rígido, o que será analisado, em termos de implicações, em seu contexto socioeconômico, qual seja o do neoliberalismo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Neoliberalismo. Positivismo jurídico stricto sensu. Sistemas jurídicos.

ABSTRACT

This dissertation aims to understand the socioeconomic conditions in which occur and the implications of the transformations of Brazilian law regarding the adoption of procedures common to the foreign common law tradition. From this, it was obtained that in a neoliberal economic scenario of flexible law, the analysis of the politicizing and moralizing discourse of the judiciary brings to light a series of problems arising from a new interpretative paradigm of Law. If, for legal positivism, the norm is the limit, for neoconstitutionalism the limit lies in the moral sense of the judge. In this state of growing indeterminacy, foreign instruments are adopted in Brazil as the "precedents"; in addition, international institutions such as the World Bank have issued guidelines through reports such as Doing Business which indicate that the common law system is superior to civil law in terms of efficiency. This, of course, at the same time that, in countries such as the United States, an inheritance theory of Legal Realism, Law and Economics, is defending the union between law and economy on a level never seen before. The interpretive freedom allowed by this set of factors breaks the idea of the need for a rigid Law, which will be analyzed, in terms of implications, in its socioeconomic context, namely neoliberalism.

Keywords: Legal positivism stricto sensu. Legal systems. Neoconstitutionalism. Neoliberalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	O POSITIVISMO JURÍDICO: OU DO PORQUÊ DIREITO E MORAL SÃO COISAS DISTINTAS.....	19
2.1	UMA BREVE HISTÓRIA DO DIREITO POSITIVO.....	19
2.2	A ASCENSÃO DA MODERNIDADE: ASCENSÃO DO DIREITO POSITIVO E DECLÍNIO DO DIREITO JUDICIÁRIO.....	22
2.3	OS CAMINHOS DA CODIFICAÇÃO E A ESCOLA DA EXEGESE ²⁹	
2.4	O POSITIVISMO JURÍDICO.....	37
2.4.1	A Teoria do Direito.....	41
2.4.2	A Teoria Pura do Direito.....	43
2.4.3	A crítica e a desmistificação da Teoria Pura do Direito.....	49
2.4.4	Direito e Moral em Kelsen.....	54
2.4.5	O jusmoralismo.....	56
3	DEUS NO CÉU, NEOCONSTITUCIONALISMO NA TERRA: A ASCENSÃO DE UMA NOVA HERMENÊUTICA.....	59
3.1	O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	59
3.2	NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL.....	67
3.3	CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	71
4	O DIREITO E OS NOVOS MERCADORES: ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW NO MUNDO GLOBALIZADO.....	83
4.1	O COMMON LAW.....	84
4.2	A CIVIL LAW.....	90
4.3	BRASIL A PASSOS LARGOS PARA A COMMON LAW?.....	94
4.4	PARADIGMAS ECONÔMICOS, PARADIGMAS DE DIREITO 101	
4.4.1	Neoliberalismo.....	106
4.4.2	O Realismo jurídico.....	115
4.4.3	Realismo Jurídico e Law and Economics: contractors are supposed to be rational.....	117
4.4.3.1	Relatório Doing Business.....	127
5	CONCLUSÃO.....	135
	REFERÊNCIAS.....	139

1 INTRODUÇÃO

Vê-se, em notícias, em discursos e nas práticas relativas ao judiciário brasileiro, indicativos de que o sistema jurídico nacional passa por transformações que rompem, crescentemente, com a tradição romanista, em direção à adoção de instrumentos e teorias pertencentes à tradição dos países de *common law*. A apropriação do discurso dos países anglo-saxônicos se dá, perceptivelmente, por parte de uma parcela de juristas que se poderia, dentre alguns nomes possíveis, chamar de neoconstitucionalistas. Ao mesmo tempo, levando-se em conta as condições econômicas desses tempos, ditadas pelas diretrizes jurídico-econômicas das grandes organizações financeiras internacionais, questiona-se a relação entre as necessidades práticas do neoliberalismo e as orientações do neoconstitucionalismo.

A situação se mostra tão *estranha*, que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, afirmou que se está “caminhando a passos largos para a *common law*”. O andamento das coisas não parece desmentir o pronunciamento: a instituição do instrumento do precedente no Código de Processo Civil de 2015, bem como a implementação da obrigatoriedade de medidas de mediação e conciliação anteriores aos processos dão margem a ideia de que algo realmente está mudando. A ideia de uma lei como referência exclusiva e legítima para a solução dos casos jurídicos parece ceder cada vez mais terreno para a solução casuísta dos problemas jurídicos. O trabalho que segue pergunta, assim, pelas circunstâncias e pelas implicações da implementação dessas novas formas de fazer e aplicar direito em tempos de neoliberalismo e de neoconstitucionalismo.

O discurso neoconstitucionalista é colocado por seus autores como uma teoria combativa crítica ante o positivismo jurídico, o qual seria, por sua rigidez, incapaz de lidar com as novas demandas políticas e sociais. Doutrinadores como o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, pregam por um sistema jurídico baseado em princípios, em que a atividade do operador do direito deve se submeter à moral e à ética, ainda que *contra legem*.

Isso torna a questão, no mínimo, intrigante quando se leva em consideração que o Brasil é adepto da *Civil Law*, isto é, estrutura seu sistema jurídico sobre a ideia de que as decisões jurídicas devem ser baseadas no direito dos códigos. Ao juiz atribui-se, na *civil law*, uma função limitada, portanto, pela norma jurídica escrita: os poderes discricionários não poderiam ultrapassar aquilo que a moldura da norma escrita permite. Pergunta-se, assim, se a adoção de um sistema de

precedentes, estranho à tradição da *civil law*, bem como a crescente adoção, na prática, de uma teoria neoconstitucionalizante, pautada na normatização de princípios, afeta os limites dessa moldura estabelecida no sistema jurídico brasileiro.

Em um cenário econômico neoliberal de direito flexível, a análise do discurso politizador e moralizante do judiciário coloca à luz uma série de problemas decorrentes desse novo paradigma interpretativo do Direito. Se para o positivismo jurídico a norma é o limite, com o neoconstitucionalismo o limite está no senso moral do julgador ou no de uma comunidade jurídica, baseado nos princípios constitucionais. Acresça-se a isso que instituições internacionais como o Banco Mundial lançam diretrizes por meio de relatórios como o *Doing Business* que indicam que, em termos de eficiência, o sistema de *common law* é superior ao de *civil law*. Isso, claro, ao mesmo tempo em que vigora, em países como os Estados Unidos, uma teoria herdeira do Realismo Jurídico, a *Law and Economics*, que defende a união entre direito e economia em um nível nunca visto antes.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende demonstrar que as medidas e a teoria adotadas no Brasil não estão dissociadas desse cenário jurídico, político e econômico neoliberal, onde o Direito moderno e burguês, pautado na lei, cede espaço para um Direito de princípios orientadores voltado para a eficiência econômica.

Levando-se em conta questões de cunho político-econômico, quer-se ainda demonstrar que, antes de ser uma teoria alternativa, o neoconstitucionalismo pode legitimar as práticas neoliberais. Assim, quer-se apontar que a exigência por um direito contingente, favorável à economia de mercado neoliberal, é a consequência prática da teoria neoconstitucional e um forte indicativo das intenções da guinada à *common law*.

A partir de tais considerações sobre neoconstitucionalismo e seu surgimento no Brasil como um novo paradigma jurídico, serão analisados os fundamentos do discurso neoconstitucionalista, visíveis ou não tão visíveis, bem como suas reais implicações no campo da prática. Observando que tal discurso procura ampliar o campo de decisão do juiz para além dos limites da lei, elevando-se a figura do juiz à de figura democraticamente competente – por mérito, e não por força de lei – para decidir conforme princípios. Neste cenário, pergunta-se: não estaria o Poder Judiciário brasileiro diante de uma ausência cada vez maior de um referencial? Não estaria, o Poder Judiciário, voltado à concretização de um Direito contingencial?

O cenário jurídico nacional atual aponta para a necessidade de avaliar, dentro da Teoria e da Filosofia do Direito, o que é e quais são as funções de um novo Direito que desponta com as transformações constantes em sua estrutura institucional bem como pela insistência, por parte da doutrina, de promover uma equivalência entre lei e princípio. A relativização da lei, pela ampla abrangência interpretativa que permite tanto o sistema de precedentes quanto a valorização de uma principiologia que rompe com quaisquer molduras normativas fixadas, deve ser analisada em seu contexto socioeconômico, qual seja, o do neoliberalismo. Nesse sentido, deve-se perguntar por um processo de “commonlawlização” e por suas implicações práticas no contexto particular brasileiro.

Desta forma, no primeiro capítulo, será analisado o objeto de crítica maior do neoconstitucionalismo e das orientações de mercado, o positivismo jurídico *stricto sensu*. Nesse sentido, será realizada uma breve pesquisa histórica sobre o surgimento e o estabelecimento do positivismo jurídico na Europa como uma das etapas do processo de superação do direito medieval, que teve início com a Revolução Francesa. Na sequência, serão apontadas as características de tal escola jurídica, tomando-se por marco e referencial a obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen. Será necessário, ainda, analisar algumas críticas promovidas contra o positivismo jurídico, especialmente com relação às interpretações do texto kelseniano.

No segundo capítulo, o foco será a compreensão do que é o neoconstitucionalismo. Desta forma, será analisado seu surgimento no contexto europeu do momento posterior à Segunda Guerra, dando-se, em seguida, ênfase para seu crescimento no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Por fim, serão analisadas as críticas promovidas a essa corrente de pensamento jurídico, sobretudo com relação ao positivismo jurídico em sentido estrito.

Por fim, no último capítulo, serão analisados os dois maiores sistemas jurídicos atuais, isto é, a *civil law* e o *common law*, suas origens e distinções fundamentais. Também os fatos político-econômicos, como a prática e doutrina do neoliberalismo do relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, em termos de mercado, e a teoria do Realismo Jurídico e da *Law and Economics*, no âmbito do direito, com o intuito de verificar até que ponto elas se relacionam entre si e com o movimento que ocorre no Brasil atualmente de adoção de instrumentos característicos do *common law*.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO: OU DO PORQUÊ DIREITO E MORAL SÃO COISAS DISTINTAS

O positivismo jurídico vem sofrendo ataques das frentes da academia e da magistratura. A fim de esclarecer seu sentido, é preciso recorrer às suas origens, seu texto e suas críticas, para analisar seus fundamentos.

Essencialmente, trata-se de uma escola de pensamento jurídico liberal democrático decorrente dos ideais da Revolução Francesa que vigorou na Europa do século XX que, de acordo com os ideais burgueses revolucionários, exigia as bem conhecidas características do próprio direito constitucional brasileiro, como a despersonalização do governo e a defesa de que, no fim, Direito é norma.

A teoria pura proposta por Kelsen bem ilustra os preceitos fundamentais do positivismo jurídico em sentido estrito. Contudo, para além do que se quer ver nos âmbitos da academia e da magistratura, sua proposta por um direito puro é, em realidade, uma proposta meramente metodológica, que visa, sobretudo, a manutenção dos valores próprios a uma democracia. Nesse sentido, é preciso promover uma desmistificação da crítica realizada e atentar para as questões que suscitam a ligação entre direito e moral, ou direito e justiça, a fim de que se tenha, por fim, uma visão mais ampla do todo.

2.1 UMA BREVE HISTÓRIA DO DIREITO POSITIVO

Para que seja possível a compreensão do conceito de positivismo jurídico, enquanto escola de direito do século XX – e toda a discussão que se seguirá –, é preciso, primeiramente, que seja feita uma breve introdução histórica e conceitual do termo “direito positivo” e, quase que inseparavelmente, também a sua antítese, isto é, o “direito natural”, que fundamenta a escola jusnaturalista.

Como indica, desde início, o termo “positivismo jurídico” tem sua origem ligada à concepção de “direito positivo”, o qual vem sendo usado desde a Grécia Antiga para promover uma distinção entre aquilo que se considerava “direito natural”, isto é, um direito advindo da natureza, da ordem do divino ou do cosmos, daquele direito nascido no seio da sociedade, entre os homens, como as leis sociais. Por isso, diz Bobbio, é preciso, antes mesmo de compreender o que é a Escola do Positivismo Jurídico, atentar para a definição de “direito positivo” (BOBBIO, 1995, p. 15).

A contraposição entre “positivo” e “natural” já encontrava lugar no pensamento grego, como já salientado: de um lado, a *physis*, isto é, aquilo que é natural e, de outro, *thesis*, aquilo que, diferentemente das coisas já dadas pela natureza, foi acordado entre os homens (BOBBIO, 1995, p. 15).

Conforme Bobbio, é possível encontrar em Platão e Aristóteles a problemática. Em *Ética à Nicômaco*, o direito natural se apresenta como uma ordem universal, independentemente de lugar ou mesmo dos juízos de valor dos homens para existir: é um direito que foge do julgamento “bom” ou “mau”. Assim como o fogo, que queima da mesma forma onde quer que exista, o direito natural é o mesmo em todas as partes e sua existência, assim como a da chama, dispensa quaisquer juízos de valor: ele simplesmente é. De maneira distinta, o direito dos homens, positivo, não é universal: ele se altera conforme os povos, de acordo com os lugares, e é passível de um juízo de valor (BOBBIO, 1995).

De forma muito semelhante, também no Direito Romano se fazia a distinção entre direito positivo e direito natural, quando se fazia a divisão entre *jus naturale* ou *jus gentium* (direito natural) e *jus civile* (direito positivo), isto é, separava-se o *ius gentium*, ou direito das gentes (comum a todos os homens), dos direitos de cada povo, o *ius civile*, ou direito da cidade (válido apenas localmente) (BOBBIO, 1995, p. 17).

No medievo, pensadores como São Tomás de Aquino mantiveram a divisão, identificando o direito positivo ao posto pelos homens e o direito natural às leis divinas e naturais (BOBBIO, 1995).

Em comum, tais definições afirmavam a *universalidade* e *imutabilidade* do direito natural, bem como a *particularidade* e *mutabilidade* do direito positivo (BOBBIO, 1995, p. 19), noções que, de uma maneira geral, permanecem intocadas até hoje.

Na modernidade ocorre, conforme Bobbio, uma alteração na concepção de ambos os direitos: se até então eles se diferenciavam apenas pelo critério da *fonte*, no período moderno passam também a se diferenciar pelo *modo pelo qual os destinatários vêm a conhecer as normas*.

No século XVIII surge uma nova forma de conceber a distinção entre direito natural e direito positivo. Não se distingue somente por sua fonte, isto é, modo pelo qual é posto, mas pelo modo como os destinatários vêm a conhecer as normas. O direito natural é aquele que nos chega através da razão, *a priori* (fonte: natureza das coisas). O

direito positivo é aquele que nos chega através da declaração de vontade de um legislador. (BOBBIO, 1995, p. 21).

Tal alteração de percepção sobre a diferença entre direito natural e direito positivo alicerçou, a partir do século XVIII, o edifício da escola positivista que viria a surgir a partir da Codificação.

Didaticamente, Bobbio aponta para seis critérios segundo os quais o direito positivo diverge do direito natural. O primeiro deles é a já mencionada oposição entre *universalidade* e *particularidade*: o direito natural é universal, enquanto o positivo vale somente em alguns lugares; em segundo lugar, a questão da *mutabilidade*, pela qual se pode afirmar que o direito natural é imutável no tempo, enquanto o positivo não; em terceiro lugar, pode-se dizer que o que a fonte do direito natural é a *natureza*, enquanto a fonte do direito positivo é o “*poder do povo*”; em quarto lugar, observa-se uma diferença quanto ao modo pelo qual o direito em questão chega até seus destinatários: o direito natural é conhecido através da razão, enquanto o direito positivo é conhecido através de uma declaração da vontade do legislador por meio de promulgação de uma lei; em quinto lugar, é possível dizer que direito natural regula comportamentos conforme um juízo de valor anterior, enquanto o direito positivo regula comportamentos que são, por si mesmos, indiferentes aos valores “bom” e “mau”, sendo objeto de tal qualificação apenas quando legislados (o critério de justiça é dado pelo legislador, e não pela ordem natural das coisas); o sexto e último critério define que o direito natural estabelece aquilo que é *bom*, quando o direito positivo estabelece aquilo que é *útil*.

Apesar de radicalmente diferentes, tanto na antiguidade quanto no medievo, o direito natural e o direito positivo possuíam força de aplicação, ainda que um se sobrepusesse ao outro conforme o período histórico. Assim, na Grécia antiga, o direito positivo era tido como um direito especial que se colocava antes do direito natural, compreendido como geral, como bem ilustra o mito de Antígona. Já durante a Idade Média, tal ordem se inverte: o direito natural, então divino, se sobrepõe ao direito positivo dos homens.

Na Modernidade, contudo, as novas configurações históricas readequam a ordem de importância entre essas duas formas e, mais a fundo, pergunta pelo próprio significado da palavra “direito”.

2.2 A ASCENSÃO DA MODERNIDADE: ASCENSÃO DO DIREITO POSITIVO E DECLÍNIO DO DIREITO JUDICIÁRIO

Nota-se que, até então, o positivo e o natural, apesar de disputarem preferência, eram considerados formas de direito igualmente válidas. Em um dado momento da história, contudo, o direito natural perde sua qualificação como direito em sentido estrito. Esse momento coincide com a adoção de uma nova compreensão de direito, que é atravessada pelas visões modernas. Diz Bobbio que

[...] O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. **Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.** A partir desse momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, **o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.** (BOBBIO, 1995, p. 26, grifo nosso).

É na modernidade, com o advento das codificações e com o conseqüente surgimento de escolas jurídicas que viriam a estudar os códigos e defendê-los como sendo a única fonte de direito válida, que o direito natural deixa de ser considerado direito propriamente dito.

O declínio do direito natural como direito em sentido próprio coincidiu com o esfacelamento do modo de organização medieval (caracterizada pela descentralização do poder, pela ausência de um Estado fundador e, conseqüentemente, pela pluralidade de ordens jurídicas) e com a ascensão do Estado moderno, pelo qual o direito positivo ganhou maior importância na medida em que as relações políticas e econômicas se alteravam em direção a uma estabilização.

A Europa pré-moderna se constituía em um mosaico de feudos e códigos jurídicos distintos. Cada feudo possuía uma lei própria, baseada em diversas fontes, como os costumes, a religião e as determinações do senhor feudal (WOLKMER, 2001).

Essa situação causava muitos problemas. No âmbito econômico, a título de exemplo, o grande número de moedas existentes no comércio dificultava o crescimento para fora dos burgos. Isso porque, em certo feudo, valia uma determinada moeda que poderia não ter valor em outros feudos. Ainda, a grande quantidade de impostos para os fins da circulação dos produtos obrigava os comerciantes a pagar inúmeros tributos nas viagens de um feudo a outro.

O direito medieval, por não ser unificado e codificado, se identificava fundamentalmente com as decisões dos juízes. Destrinchando o trabalho do juiz medieval no início da modernidade, Hespanha (2006) esclarece que sua função dependia substancialmente da apreciação dos dados que estivessem ao seu alcance, podendo ser definido como um “processo intelectual” de pesquisa e sensibilidade argumentativa do juiz – desatado formalmente de qualquer norma geral – e da comunidade jurídica a ser normatizada pelo juiz caso a caso. Nesse sistema, o juiz, de maneira independente, cria a norma conforme o litígio, sem endereçá-lo a qualquer norma ou decisão específica anterior, de maneira que, em um sistema provisório e de resultados, isto é, quase que inteiramente aberto, a figura do juiz desempenhava papel central no direito.

A doutrina jurídica medieval e moderna cria que o processo intelectual de apreensão do direito era essencialmente irredutível a regras rígidas, antes se baseando numa arte prática de encontrar a solução justa de cada caso. E o próprio modo de encontrar esta solução baseava-se numa técnica intelectual que poderia ser descrita como o *tactear* – guiado por uma longa experiência jurídica (e, mais em geral, da vida) – de soluções diversas, cada uma das quais inspirada por um certo equilíbrio dos diferentes pontos de vista possíveis. A *tópica* – ou seja, a arte de encontrar os argumentos (os “lugares” [em grego, *topoi*], as perspectivas) relevantes em cada caso – desempenhava um papel fundamental na primeira fase do processo intelectual. Mas a segunda parte, a hierarquização dos argumentos e o consequente achamento da solução dependia da sensibilidade histórica da comunidade jurídica (do “auditório”). E, nessa medida, o resultado (a decisão) era sempre provisório e o sistema de resultados (o “sistema dogmático-normativo” do direito) era

sempre um “sistema aberto”. Daí que as normas gerais, que constituíam a ossatura desse sistema, fossem sempre consideradas, em primeiro lugar, como pontos de chegada, e não como pontos de partida. Depois, como elementos apenas heurísticos (*i.e.*, que dão sugestões, que a experiência diz serem válidas para a maior parte dos casos), e nunca como mecanismos de encerramento automático de uma controvérsia. Isto conduzia, como se vê, a um discurso jurídico muito atento às particularidades de caso e muito pronto a substituir à solução que decorria do rigor da norma geral (uma solução, *i.e.*, *strictiur* [de direito estrito]) um remédio que atendesse às particularidades do seu contexto concreto de aplicação, *i.e.*, um remédio de “equidade”). O arbítrio do juiz (*arbitrium iudicis*) desempenhava, por isso, um papel fundamental na declaração do direito. (HESPANHA, 2006, p. 130-131).

Ao longo dos séculos XV e XVI, os feudos deram lugar ao território da nação; as diversas leis aos poucos foram se unificando, transformando-se em leis nacionais. Tal transição permitiu o estabelecimento de uma única moeda válida dentro das extensões de grandes territórios, bem como a unificação dos impostos.

A centralização do direito permitia à burguesia e à nobreza que seus negócios prosperassem. Os monarcas absolutistas davam cada vez mais força para os negócios da classe próspera ao fazerem leis que proibiam a importação de produtos estrangeiros¹, por exemplo, em uma relação em que o fortalecimento da classe significava, também, o

¹ “O poder de legislar, caído em desuso desde o século IX, ressurgiu a fim de serem estabelecidos sistemas judiciários e cortes nacionais. A legislação real proibiu guerras privadas, embora com sucesso apenas relativo, mas com invariável finalidade de propósito. As cidades, que haviam sido inicialmente criações das revoltas burguesas e de concessões de nobres, foram colocadas sob o controle e o patrocínio real. Regulamentaram-se as transações com o objetivo de defender os cidadãos da concorrência de estrangeiros e elevar a receita em moeda de outros países; a política externa dos monarcas incluía também a nomeação de cônsules no exterior a fim de proteger seus mercadores. Para o mercador, o rei podia ser um aliado importante; para o rei, o mercador podia constituir meio importante para levantar recursos e assegurar um excedente de ouro no balanço de pagamentos internacionais.” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 55-56).

fortalecimento do Estado, uma vez que quanto mais dinheiro faturava a burguesia em seus negócios, mais impostos recebia o Estado (TIGAR; LEVY, 1978).

Tais circunstâncias viriam a se alterar a partir do século XVIII, com as revoluções que instauraram as condições, na América e na Europa, para a constitucionalização do direito. Surgiam, em concomitância, a teoria do Poder Constituinte e do Estado. A titularidade do poder é transferida para a instituição do Estado, pessoa jurídica, não mais se localizando na figura pessoal do rei. O fortalecimento do Estado significava a institucionalização e a despersonalização do poder que sedimentaria a base do direito moderno (BONAVIDES, 2006).

Nesse processo de despersonalização do poder, não somente a figura do rei perdia em influência. Como visto, no direito medieval os juízes possuíam ampla liberdade para decidir os casos. Em *O direito dos letrados no império português*, Hespanha (2006) traz a análise do jurista português Fragoso, datada de 1641, pela qual é possível compreender, claramente, a extensão da discricionariedade judicial à época. O autor citado por Hespanha não se furta ao comentário, quase banal, de que ao juiz é permitido julgar conforme sua consciência, estando ele livre inclusive para abrandar a pena de um amigo caso assim deseje.

Hoje, todas as penas estão no arbítrio do juiz, tidas em consideração as circunstâncias dos factos e das pessoas [...] pois as leis não podem exprimir todas as circunstâncias; e, assim, é deixada a faculdade ao arbítrio do juiz, segundo a contingência dos factos e de acordo com o seu arbítrio, de aumentar ou diminuir as penas [...]. Na verdade, os juízes podem temperar as penas estabelecidas na lei em razão da amizade, quando a pena for arbitrária; pois, neste caso, podem agir de forma mais branda com o amigo, de acordo com as inclinações da sua consciência. (FRAGOSO, 1641 *apud* HESPANHA, 2006, p. 131).

Percebe-se que, desta forma, não havendo a exclusividade da lei emanada pelo Estado, havia uma grande quantidade de fontes normativas a serem consideradas – com destaque para a própria consciência do julgador –, estando a decisão ao arbítrio do juiz. Em seus primeiros tempos, o Estado exercia pouco controle sobre o direito, pois

se limitava a determinar o juiz das causas, aos quais era possível considerar desde os costumes de um povo bem como “princípios equitativos da razão”, ou seja, princípios de direito natural. O direito natural era fonte tão válida quanto as normas positivas emanadas pelos Estados.

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas essas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas na mesma proporção, constituíam “fontes de direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural). (BOBBIO, 1995, p. 28).

Os juízes autônomos entraram, como fonte de direito, em franca derrocada com as novas diretrizes da modernidade.

É só na segunda metade do século XVIII, com o advento de novas ideias (racionalistas, axiomáticas) sobre o direito e com o aparecimento de novos projectos políticos de exaltação da coroa (e da sua legislação) e de conseqüente abatimento dos juristas como fonte autónoma de direito que se imporão medidas tendentes a erigir a lei em primeira fonte de direito, os “princípios gerais do direito” em fundamento da ciência jurídica e a obediência cega à lei em norma deontológica dos juristas. (HESPANHA, 2006, p. 133).

O Estado moderno representa, neste sentido, fundamentalmente, uma alteração das estruturas jurídicas que vigiam até o fim da

modernidade, na qual os juizes se movimentavam em um amplo espaço de decisão, servindo-se eles mesmos como verdadeiras fontes de direito. As circunstâncias que fomentavam a pluralidade de fontes do direito medieval findavam, e o poder passava a se concentrar em um único sujeito legítimo que cria o direito e regula as fontes consuetudinárias, estabelecendo-se, assim, o monismo jurídico na figura do Estado. Ocorreu, assim, a monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Com a centralização e codificação do direito na modernidade, ao juiz coube a função de mediar os conflitos conforme a lei estabelecida pelo Estado e servir ao propósito de cumprir e reforçar o monismo jurídico. Dessa forma, o direito passa a ser compreendido como um instrumento oficial de resolução de conflitos através da pessoa do juiz, cujo espaço de decisão é limitado pelo Estado, do qual passa a ser mero funcionário². Estava, portanto, a norma particular resultante da decisão judicial submetida ao reconhecimento do Estado e dos demais Poderes. Somente é direito aquilo que foi previamente autorizado pelo corpo legislativo.

Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo, (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. **As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do**

² “Falamos, então, de direito quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um ‘precedente’, isto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida. Se, em uma dada sociedade, não há a intervenção deste ‘terceiro’, não se pode falar de direito em sentido estrito: dir-se-á que aquela sociedade vive segundo usos, costumes (mores) etc.” (BOBBIO, 1995, p. 28).

Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais. (BOBBIO, 1995, p. 27-28, grifo nosso).

O direito dos tribunais, aplicado pelos juízes e emanado do Estado centralizador, fonte exclusiva de direito, passa a ser, portanto, o *verdadeiro direito*. Rompeu-se, institucionalmente, a dicotomia entre direito natural e direito positivo, visualizando-se o direito como uma unidade. É direito aquilo que está positivado pela lei escrita e autorizado pelo Estado, e não mais o emaranhado de normas comuns e particulares, baseadas nas diversas fontes dos costumes, das tradições religiosas e da releitura de antigos códigos que vigorava na Europa no período da Idade Média.

O Estado moderno se torna responsável pelo remodelamento das atribuições dos operadores do direito. A esses cabe, por imposição, resolver os litígios por meio exclusivo da lei estatal, para a qual os juízes perdem a autonomia e, porque não, o *status* que detinham de conhecedores privilegiados dos meandros da justiça, deixada em grande parte à discricionariedade atinente à sapiência própria da figura do juiz. Neste sentido, as codificações, iniciadas pela França de Napoleão em 1804, tiveram fundamental importância, na prática, ao alterar as estruturas do direito – e, conseqüentemente, do Estado – e, na teoria, ao possibilitar a redefinição das concepções dessas categorias.

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII/princípio do século XIX) através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito. (BOBBIO, 1995, p. 32).

Iniciou-se, com as codificações e o conseqüente fim da dualidade entre direito natural e direito positivo, a história do positivismo jurídico.

2.3 OS CAMINHOS DA CODIFICAÇÃO E A ESCOLA DA EXEGESE

A derrocada do direito natural envolveu, também, a derrocada de concepções filosóficas sobre a natureza das coisas. Primeiramente, o pensamento ilustrado e suas mais diversas teorias sobre o direito natural criou uma atmosfera racionalista que punha em declínio o antigo jusnaturalismo teológico³, fomentando o que se poderia chamar de um *jusnaturalismo racionalista* que incitou o movimento pela codificação do direito⁴. Em um segundo momento, em oposição ao jusnaturalismo iluminista, levantou-se a Escola Histórica do Direito, que se contrapunha à ideia da existência de direitos inerentes ao homem. Ambas as correntes estabeleceram as condições para que o positivismo jurídico viesse a se consolidar ao longo do século XIX como a escola que defenderia, assim como o jusnaturalismo racionalista, a codificação e, por outro lado, como o historicismo, a ideia de que não há uma razão universal que oriente as ações dos homens.

As alterações de percepção provocadas pelo Iluminismo sobre a concepção de mundo e de homem atingiram as compreensões jurídicas de sua época. Sorvendo-se de pensadores liberais como Locke, os iluministas vislumbraram a possibilidade de garantir igualdade e liberdade em lei. O direito consuetudinário foi considerado, por esses, como sendo uma má herança dos tempos do medievo, um direito que não havia sido submetido ao processo de racionalização, sendo puramente uma expressão de uma série de tradições sem qualquer fundamento consistente, ou mesmo *irracionalis*. Era preciso sistematizar aquilo que atendia aos novos preceitos do pensamento burguês: a ideia

³ Sobre esse novo jusnaturalismo, diz Hespanha (2005, p. 298) que seus fundadores “prescindiam, por um lado, da onipotência da vontade de Deus, limitando-a pela Sua razão, ou seja, concebendo um Deus sujeito a princípios lógico-rationais que lhe seriam ‘anteriores’, o que corresponde, não a uma atitude religiosa, mas a uma atitude racionalista. Por outro lado, os fundamentos de que partiam pra encontrar uma ordem imanente na natureza humana não eram qualquer vocação, destino ou finalidade sobrenaturais do homem, ou quaisquer dados da fé sobre isso, mas antes as suas características puramente temporais, como os instintos e a capacidade racional”.

⁴ Wolkmer (2006) afirma que é preciso apontar para a distinção entre os ideais do Iluminismo e os do jusracionalismo. Segundo o autor, as fontes metodológicas divergem na medida em que o primeiro se construiu sobre a metafísica, enquanto o segundo objetivava um cientificismo experimental.

de que todos os homens nascem iguais por natureza, ou melhor, todos os homens são iguais juridicamente.

Como explica Bobbio:

Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário. (BOBBIO, 1995, p. 65).

Era preciso oficializar a nova racionalidade através da reformulação e rearranjo das normas de direito consuetudinário. Para isso, era necessário estabelecer um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão transcritas em lei. O iluminismo consistiu, assim, em fator fundamental no que se refere ao movimento pela codificação do direito ao defender que as normas racionais, naturais, se tornassem leis estatais⁵ (BOBBIO, 1995, p. 55).

Segundo Tigar e Levy (1978), além dos filósofos e financistas, um dos principais arquitetos da ideologia burguesa que dominou a Revolução Francesa, principalmente no seu período posterior, foi o advogado. Desde Luís XIV, promulgador do *Les loix civiles dans leur ordre naturelle*, o direito vinha sendo transformado conforme as necessidades do desenvolvimento do capitalismo mercantil promovido

⁵ “Uma coisa era reestudar os textos legais do antigo regime, ir às origens de elementos calcados em *ordonnances* reais e nos direitos costumeiro, romano, canônico e comercial. Outro tipo de espírito, porém, movia-se nas áreas mais altas do direito. Charles de Secondat Montesquieu (1689-1755), cujo livro *O Espírito das Leis* foi estudado a fundo pelos líderes da Revolução Americana, era advogado e publicista, Presidente do *Parlement* de Bourdeaux, era igualmente acionista da *Compagnie des Indes* [...].

Montesquieu referiu-se em palavras de elogio exagerado à antiga nobreza que, segundo disse, havia tirado a França da barbárie. No mundo moderno, contudo, julgava prevalecer diferente força propulsora”(TIGAR; LEVY, 1978, p. 237-238).

pelo Estado comercial⁶. No entanto, tais transformações se davam na forma de pequenos ajustes, de modo a manter a forma do direito costumeiro feudal. Crescia na França, influenciado pelo resto da Europa, porém, o descontentamento com as instituições feudais, que se mostravam como empecilhos aos direitos de propriedade e de livre contrato.

Joseph-Robert Pothier e Jean Domat, seguindo a tradição prática de Dumoulin, escreveram copiosamente sobre o direito burguês dos séculos XVI e XVIII, ainda limitado por restrições feudais, dogmas religiosos e princípio da supremacia real. Entrementes, na França e outros países da Europa, representantes dos grandes interesses comerciais e manufatureiros – tais como Montesquieu na França e Grotius na Holanda – contestavam as objeções feudais, canônicas e populares a um sistema baseado nos princípios do livre contrato e na liberdade de possuir propriedade. (TIGAR; LEVY, 1978, p. 237).

Mostrou-se inevitável, para a consolidação dos ideais burgueses, o rompimento com aquela forma de pensamento que moldava a estrutura jurídica medieval. Vigorava na Europa o pensamento iluminista, cuja proposta consistia na ideia de positivação do direito unindo o direito natural – a ideia de uma razão universal que dava consistência aos interesses de propriedade burgueses⁷ – ao direito positivo, isto é, a autoridade laica do Estado que tornava válida juridicamente os princípios universais de tal razão – estes trazidos à luz por uma pequena parcela iluminada de intelectuais e juristas. Encontra-se, aí, na defesa da codificação do direito, um dos primeiros ensaios para a construção do pensamento juspositivista (BOBBIO, 1995, p. 54).

⁶ “A Coroa precisava dos segundos [financistas] e os auxiliavam com legislação favorável: os primeiros [filósofos], por sua vez, davam seu aval aos ideólogos do direito natural e da justa razão.” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 239).

⁷ “O direito natural que defendia e, na verdade, exigia essa forma de comércio livre não era o direito rigoroso, estruturado, de que falara São Tomás de Aquino. Era, isso sim, o direito que os revolucionários americanos chamaram mais tarde ‘da Natureza e do Deus da Natureza’. A economia ‘natural’ era aquela que se desenvolvia sem interferência oficial, de acordo com uma dinâmica própria, o ponto de encontro de filósofos e financistas.” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 239).

Em consonância com tal afirmação, Hespanha (2005) observa que o discurso jurídico do positivismo jurídico foi condicionado pelas ideias políticas do século XVIII e do começo do século seguinte. A corrente jurídica que questionou, de maneira mais impactante, o racionalismo jusnaturalista no do século XVIII foi o *historicismo*.

A Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha entre o século XVIII e XIX. Ao criticar o direito natural (afirmando, inclusive, que o direito natural não passaria de uma *filosofia do direito positivo*), o historicismo permitiu que fossem possíveis os desenvolvimentos teóricos que culminariam no positivismo jurídico. (BOBBIO, 1995).

Ao compreender o homem como um sujeito histórico, ou seja, não natural, o historicismo defendeu a necessidade de situá-lo em um contexto específico, tanto histórico quanto cultural e geográfico. Opondo-se ao jusnaturalismo, criticou a suposta racionalidade universal característica do movimento iluminista, que propunha a existência de valores totalizantes, válidos para todos os homens independentemente de situação. De acordo com a escola histórica, os homens não são produtos de valores transcendentais supostamente inerentes à sua condição, pelo contrário: são consequência de construções sociais que nada tem a ver com eventos fantasiosos como a de um contrato consensualmente assinado, mas sim com uma sequência de acontecimentos contingenciais e irracionais que caracteriza o devir histórico.

Todavia, apesar de rejeitar os fundamentos do jusnaturalismo, o historicismo difere, em muito, do que viria a ser o positivismo jurídico. Na realidade, a Escola Histórica do Direito era, de fato, contrária a um dos principais fundamentos do positivismo jurídico: a codificação. Autores pertencentes a tal escola – cujo expoente foi Savigny – defendiam, dentro de uma concepção romântica do direito, a ideia de uma “jurisprudência dos costumes”, pautada em um movimento “orgânico” do direito, fruto do “espírito do povo”⁸. A Escola Histórica

⁸ Hespanha (2005) explica que, para os autores da Escola Histórica, especialmente nos países em que não havia acontecido o processo de unificação em Estado até o século XIX, como Alemanha e Itália, o direito era visto como uma ferramenta orgânica, nascida do espírito do povo, não necessariamente vinculado estatalmente. Assim, diz Hespanha, “A recusa ao Estado deste papel de demiurgo político e jurídico da sociedade leva a valorizar as formas tradicionais e espontâneas de organização política, nomeadamente aquelas mais presentes na tradição nacional, como as antigas formas comunitárias de vida ou as comunas e concelhos medievais.” (HESPANHA, 2005, p. 383).

do Direito se caracteriza, assim, por um antilegalismo contrário ao movimento de codificação.

Além disso, em decorrência do desenvolvimento das ciências naturais no século XVIII, impôs-se um novo método de análise para a pesquisa da realidade, sustentada no empirismo, na experiência, naquilo que é dado, *positivo*. No início do século XIX, a epistemologia nascente elegia a observação e experiência como métodos próprios para a busca pela verdade, em detrimento do que havia sido o modo de pensar dos saberes naturais e sociais até então, apoiado essencialmente em especulações doutrinárias e filosóficas, bem como na autoridade inquestionável das fontes desses saberes. Evidentemente, o estudo do direito não passou ileso a tais transformações.

O direito passou a ganhar, crescentemente, um lugar distinto entre as demais áreas do conhecimento. Desvinculando-se cada vez mais de uma noção de homem natural, regido por princípios transcendentais universais característica do jusnaturalismo, e aproximando-se de uma compreensão *cientificizante* permitida pelo empirismo, exigia-se, para ele, clareza e unidade dos fatores que o regem. Separava-se o direito dos campos da filosofia, da moral e da religião, construindo-se aos poucos uma teoria autônoma⁹.

No campo jurídico, este movimento integrava-se harmonicamente na campanha contra a incerteza e confusão do direito tradicional, disperso, casuísta, dependente da teologia e da moral. Mas atingia também a proliferação de sistemas puramente especulativos de direito natural, surgidos no decurso do século XVIII. Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral, como contra a sua identificação com especulações do tipo filosófico (...). Contra uma coisa e contra a outra, proclamava-se a necessidade de um saber

⁹ “Dessa forma, a teoria geral do direito fixou, desde o seu início, como objeto de estudo o direito positivo realmente existente, objetivando analisar conceitos fundamentais e comuns aos vários sistemas jurídicos (*rechtliche Grundbegriffe*), sem se preocupar com as questões clássicas da filosofia do direito, tais como a relação do direito com a justiça, a moral, os valores, a verdade e os critérios de avaliação do direito positivo, nem com questões gnoseológicas (condições e formas de produção do conhecimento jurídico). Também houve distanciamento entre a teoria geral do direito e a abordagem jusnaturalista que, tradicionalmente, influenciava os filósofos do direito.” (DIMOULIS, 2006b, p. 19).

dirigido para “coisas positivas”. (HESPANHA, 2005, p. 374).

Em consequência de tais desvinculações, o direito “casuísta” e “disperso” prevalecente no modelo jurídico medieval foi colocado em xeque. No âmbito das coisas práticas, iniciava-se na França a primeira codificação europeia propriamente dita¹⁰, que viria a influenciar fortemente a legislação e o pensamento jurídico dos séculos seguintes.

Em 1804, o primeiro código propriamente dito da história entra em vigor. O Código Francês foi o primeiro a elaborar, expressamente, suas leis, considerando-se que o código Justiniano e o Digesto consistiam em um compilado de leis do Império e uma antologia jurídica dos jurisconsultos romanos com interpolações, respectivamente (BOBBIO, 1995).

As codificações resultaram do pensamento racionalista iluminista, que procurou universalizar o direito. Na França prevalecia ainda um sistema jurídico pautado nos territórios, em que cada um possuía uma lei. Existia mais de um código penal, civil, processual, etc. A codificação tinha o propósito de simplificar o grande de número de leis dispersas e universalizar a lei.

Tal período marca o início de uma fase legalista. A codificação reestruturou as instituições através da aplicação de uma nova “tecnologia normativa” (HESPANHA, 2005, p. 341) pautada na generalidade das normas e em sua sistematicidade, o que permitia ao Estado monista o controle das atividades jurídicas. Esse novo molde jurídico obedecia, por conseguinte, aos princípios do estadualismo (no qual ordem social e ordem estatal correspondem entre si), certeza, previsibilidade do direito e codificação, entendida por Hespanha (2005, p. 341) como sendo a característica daquilo que promove a “fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos”, princípios que permitiram a “efetivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos”. A efetivação desses princípios coincide com a difusão do liberalismo político que, por meio do direito, redefine a organização política do Estado em Estado democrático

¹⁰ Conforme Bobbio (1995), o Código Francês foi o primeiro código propriamente dito na medida em que foi o primeiro a elaborar suas próprias leis, considerando-se que o código Justiniano se tratava mais de um compilado de leis do Império e o Digesto de uma antologia jurídica dos jurisconsultos romanos com interpolações.

representativo e, no âmbito da organização social, exalta a propriedade privada como essência da liberdade.

Em todos os campos do direito, houve alterações significativas do modo como se dispunham as coisas. A liberdade por lei defendida pelo liberalismo, que garantia que a ocupação dos cargos públicos se desse não por disposição de fatores como laços sanguíneos ou títulos de nobreza, ampliava o direito de participação política, além de fixar a “igualdade na aplicação da lei, nomeadamente no domínio processual (abolição tendencial de foros privilegiados) e, sobretudo, penal, instituindo o princípio da igualdade das penas, independentemente do estatuto do criminoso” (HESPANHA, 2005, p. 343).

No âmbito da jurisprudência, portanto, os juízes se viam limitados pelas leis, afinal, “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontrolláveis pelos cidadãos.” (HESPANHA, 2005, p. 347).

Gradualmente, a doutrina também sofreu coerções da nova ordem que se insurgia. Não era mais de bom senso defender direitos pautados na natureza das coisas ou na razão: era preciso pôr uma pá de cal na compreensão medieval de direito. Isso porque, no medievo, o direito provinha de fontes cuja legitimidade se sustentava na **“autoridade técnica ou doutrinal dos especialistas, capazes de revelar um direito que residia nas próprias coisas ou nos princípios abstratos da razão.”** (HESPANHA, 2005, p. 349, grifo nosso). Nesse sentido, o que ocorreu em seguida foi que “todo direito se reduz à lei, deixando de ser reconhecidas não só quaisquer outras fontes de direito, como quaisquer princípios supra-legislativos a que a lei deva obedecer.” (HESPANHA, 2005, p. 349).

Na evolução desses acontecimentos, restava à doutrina se limitar à interpretação restrita da lei; cabia ao intérprete, em caso de dúvida, atentar para a possível vontade do legislador histórico, através de pesquisa documental. Desta forma, “Os grandes juristas deveriam limitar-se a fazer uma exposição e interpretação (*exegese*) dos novos códigos” (HESPANHA, 2005, p. 379).

Após a codificação, criou-se um novo movimento no direito, que se construía a partir de uma postura exegética de interpretação dos códigos. Bobbio (1995, p. 78-79) aponta algumas causas para o surgimento da Escola da Exegese. Segundo o autor, a codificação é a primeira delas. Ela fixou e simplificou as leis ao concentrar no Estado a única fonte de leis (investindo contra os costumes, as doutrinas e as

jurisprudências) e, por consequência, facilitou o trabalho dos operadores do direito na resolução de casos. Ao romper-se a antiga ordem, a prevalência da doutrina da separação dos poderes estabeleceu a autoridade do legislador sobre a do juiz quando da criação de leis: cabe ao Poder Legislativo criar as normas; ao Poder Judiciário, dizê-las. O juiz é somente a *boca da lei*.

O Código estabelecia a lei; era possível falar, assim, em um *princípio da certeza do direito* que deveria reger todas as decisões jurídicas, limitando, portanto, a criatividade do juiz em nome de uma certa segurança jurídica.

Por fim, é preciso dizer que a mentalidade dos juristas também foi alterada através das reformas conduzidas por Napoleão nas faculdades de direito. As disciplinas de teoria geral do direito e de direito natural, por exemplo, foram cortadas em favor do estudo do direito positivo. Diz Bobbio (1995, p. 82) que “o governo imperial quase ordenou a exegese na medida em que excluiu do ensino as tendências filosóficas”.

A Escola da Exegese não nega, necessariamente, a existência de um direito natural que precedesse o direito positivo. Afirmava, no entanto, que o direito positivo é o único capaz de dar validade a tal direito em razão da praticidade da lei. Percebe-se que, se até então a validade do direito positivo dependia da sua identificação com o direito natural, com a Escola da Exegese o direito natural só se mostraria relevante e válido quando codificado, sendo, inclusive, lhe tirada a prerrogativa de direito subsidiário para decisão de casos controversos. Nesses casos, caberia ao intérprete a interpretação conforme a intenção do legislador (BOBBIO, 1995, p. 85). Só é direito o direito positivo *estatal*. Desta forma, não só o direito natural não positivado deixa de ser considerado direito em sentido estrito, mas também qualquer outro tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e o direito científico (BOBBIO, 1995, p. 85).

É importante frisar que todas as transformações jurídicas apontadas até aqui em direção ao Positivismo Jurídico ocorreram, sobretudo, na Europa continental, onde prevalece o sistema de *civil law*, como se esclarecerá mais a frente. Na Inglaterra, referencial do sistema *common law*, uma visão que se poderia denominar juspositivista (apesar do termo não ser utilizado por seus autores), encontra-se nas obras de

Jeremy Bentham e John Austin¹¹. Segundo Dimoulis, ainda que seja difícil comparar as metodologias entre os sistemas jurídicos continentais e não continentais, isto é, entre países que passaram e não passaram pelo processo de codificação, identifica-se nas teorias desses autores três típicas posições juspositivistas: “a separação entre direito e moral, a definição do direito como decorrência de mandamentos humanos e sua dependência da autoridade soberana em determinada sociedade.” (DIMOULIS, 2006b, p. 71). Contudo, apesar de a codificação ter sido defendida por tais pensadores, o processo histórico ocorrido nos países anglo-saxônicos se deu forma distinta, o que será melhor explicado nos capítulos que seguem.

A Escola da Exegese prevaleceu forte durante todo o século XIX na Europa continental. No século seguinte, a orientação dos juristas se alterou consideravelmente, principalmente no que diz respeito às questões interpretativas dos textos legais.

2.4 O POSITIVISMO JURÍDICO

Historicamente, é possível falar que já existiam ideias jurídicas de cunho juspositivista desde o século XVI, especialmente nas teorias que atribuem ao soberano a legitimidade exclusiva de emanar leis, como Jean Bodin e Thomas Hobbes¹². Não foram, contudo, positivistas no sentido moderno do termo, considerando-se que ambos fundamentavam, ainda, o poder do soberano em um direito natural, que foi desconstruído nos séculos seguintes (DIMOULIS, 2006b, p. 69).

Como a Escola da Exegese, o Positivismo Jurídico se caracteriza por compreender que o direito é aquilo que foi positivado, isto é, aquilo

¹¹ Não obstante suas ideias nunca encontrarem aplicação na Inglaterra, Bentham foi um dos principais teóricos da codificação. Ainda que influenciado pelos iluministas, Bentham era contrário ao jusnaturalismo comum aos juristas da época, os quais defendiam a codificação de direitos naturais. Acreditava, no entanto, ser possível uma ética universal objetiva, fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, baseado no empirismo. Em Austin, também, é possível verificar alguns princípios fundamentais do positivismo, quais sejam: a afirmação de que o objeto da ciência do direito é o direito tal como ele é, e não o direito tal como deveria ser; a ideia de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando e, por fim, a concepção de que direito deve ser posto pelo órgão legislativo do Estado (BOBBIO, 1995, p. 108).

¹² Hobbes é tido como o precursor mais importante do positivismo, na medida em que nele são encontradas características mais modernas, como a laicidade do direito, a crença na possibilidade do estudo objetivo do direito, a desvinculação de valores morais da qualidade de direito (DIMOULIS, 2006b).

que é dado como fato, e não como valor. Desta forma, para o juspositivista, o intérprete e aplicador do direito deve adotar a mesma postura de um cientista que estuda as leis da natureza, isto é, deve encarar as leis fora do sistema dos valores morais. O que caracteriza o direito, portanto, não é seu conteúdo, mas a sua forma. É a formalidade da escritura da lei por parte do Estado que confere à norma a qualidade de direito. O Estado, através de seu órgão legislativo, assume a responsabilidade integral pela fonte de origem do direito.

O positivismo jurídico assumiu para si a séria tarefa de estudar o direito e torná-lo cientificamente compreensível, como foram as demais áreas do conhecimento ao longo dos séculos anteriores. Como a matemática, o direito também consiste, afirmam os positivistas, em um sistema discernível dos demais; é detentor de um modo de funcionamento próprio, cujas regras particulares podem ser objeto de estudo científico. Cientificizá-lo correspondia, na mão oposta, a afastá-lo do âmbito do juízo de valor e colocá-lo no do juízo de fato, no qual procedem as ciências naturais e matemáticas. Aos poucos, também as demais ciências sociais foram sendo submetidas a esse novo padrão de objetividade¹³. Essa alteração do ponto de vista constitui um dos sintomas característicos da Modernidade, na qual o discurso pela objetividade de conhecimento se sobrepõe aos discursos essencialistas predominantes até então (BOBBIO, 1995, p. 135).

Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo). Independentemente de influências recebidas por abordagens positivistas nas ciências e na filosofia, o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo de derrota do direito natural e a substituição de normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades européias da Idade Média, fenômeno esse que foi analisado como “surgimento da *positividade* do direito”. (DIMOULIS, 2006b, p. 68).

¹³ Certamente, o positivismo jurídico sofreu influência do positivismo filosófico, como bem se nota pela recusa de ideias metafísicas sobre a natureza do direito. No entanto, o positivismo jurídico em nada deve seu nome ou objeto de estudo ao positivismo filosófico das ciências humanas a partir do século XIX. “Sua origem está no termo *iuspositivum* (ou *iuspositum*), algo que se percebe mais claramente no termo ‘juspositivismo’.” (DIMOULIS, 2006b, p. 67-68).

Em detrimento do juízo de valor, que aponta como as coisas *devem ser* – almejando, no campo moral, *influenciar* os comportamentos em sua direção –, o juízo de fato procura compreender a realidade como ela *é*, isto é, meramente declarar as coisas como elas são – no intuito, sobretudo, de *informar* (BOBBIO, 1995).

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. (KELSEN, 2009, p. 77).

O positivista jurídico, então, *estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser*¹⁴. Ele representa uma ruptura radical com o jusnaturalismo na medida em que desliga o direito real do direito ideal, reconhecendo apenas como direito aquilo que de fato existe, isto é, foi positivado. Isso implica dizer que o direito positivo, para o positivismo jurídico, não pode ser compreendido em termos de *bom* ou *mau*, mas apenas válido ou inválido.

Conforme o jusnaturalismo, defensor da existência de um direito natural, é preciso analisar o direito real com base em uma comparação com o direito ideal. O direito, como é, deve ser sempre analisado segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal como deve ser. A validade do direito depende, portanto, do juízo de valor que se tem sobre ele: válida é a norma justa. Para o juspositivismo, pelo contrário, a validade da norma depende apenas do juízo de fato: é válida a norma que está no texto do ordenamento jurídico, independentemente

¹⁴ “O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal (...).” (BOBBIO, 1995, p. 136).

de seu valor moral¹⁵. Validade e justiça se encontram, para o positivismo, em âmbitos diversos. O positivismo jurídico, em seu sentido estrito, privilegia o formalismo em detrimento do aspecto material do direito.

Dessa forma, o positivismo jurídico surgiu como uma teoria anti-ideológica, que dissociava o direito dos valores tão caros aos jusnaturalistas. Ele opta pelo formalismo jurídico, isto é, opta por estudar o direito a partir de suas características formais, e não por seu conteúdo, sempre variável.

Para o positivismo em sentido amplo – no qual se inclui, também, o Realismo Jurídico¹⁶ –, o direito não depende de seu conteúdo, ou seja, da matéria que regula, podendo ser considerado direito as ordens normativas de variados tipos de sociedades, tanto de um Estado liberal quanto de um socialista, tanto de um Estado laico quanto de um religioso. Esses direitos variam, muitíssimo, quanto ao seu conteúdo, porém, possuem algo que os torna qualificáveis de “direito”: uma forma¹⁷ (BOBBIO, 1995, p. 145).

Nesse sentido, o positivismo jurídico se caracteriza por uma teoria da norma jurídica muito particular, com um critério de valoração diferente das demais teorias do direito.

¹⁵ Conforme Bobbio (1995), é possível falar que apenas Hobbes, dentre os positivistas, defendeu que uma norma somente é justa somente quando é válida, uma vez que para este autor é justo o que o soberano coloca e injusto o que ele veta.

¹⁶ Cuida-se de uma corrente positivista, originada nos Estados Unidos da primeira metade do século XX, que questiona a norma a partir de sua eficácia, e que inclusive deixa de reconhecer como direito o conjunto de regras que não é aplicado e reconhecido socialmente, distinguindo-se do positivismo em sentido estrito na medida em que encara, portanto, o direito não como uma realidade normativa (a partir de um *dever ser*), mas como uma realidade factual (a partir de um *ser*) (vide capítulo 3 do presente trabalho).

¹⁷ Conforme Bobbio (2001, p. 71), há três tipos de formalismo relevantes a serem considerados: o primeiro deles é o formalismo ético, pelo qual se afirma que uma norma é justa pelo simples fato de ser positiva (toda lei é justa); o segundo deles é o formalismo jurídico, que afirma que a norma positiva não determina como devem ser as relações intersubjetivas, apenas as condiciona formalmente ao estabelecer o modo pelo qual os indivíduos devem proceder para alcançar seus próprios objetivos; o terceiro deles é o formalismo científico, que não se atém à questão da justiça (formalismo ético) nem procura definir o direito (formalismo jurídico), porém compreender o modo pelo qual as estruturas do direito funcionam cientificamente. “O primeiro responde à pergunta: ‘O que é justiça?’; o segundo: ‘O que é o direito?’; o terceiro: ‘Como deve comportar-se a ciência jurídica?’” (BOBBIO, 2001, p. 72).

2.4.1 A Teoria do Direito

Segundo Bobbio, uma norma jurídica pode ser submetida a três tipos independentes de valoração: o critério de justiça; o critério de validade; e o critério de eficiência (BOBBIO, 2001, p. 46).

O critério de *justiça* diz respeito à comparação entre a norma e os valores que orientam o ordenamento jurídico, sejam eles absolutos, supremos, ou historicamente construídos. Trata-se de uma comparação entre aquilo que é dado, real, e aquilo que deveria ser, ideal: “a norma justa é aquela que deve ser; a norma injusta é aquela que não deveria ser” (BOBBIO, 2001, p. 46). É uma questão *deontológica*, isto é, analisa a norma como ela *deveria ser*. Está, portanto, no âmbito de uma *filosofia do direito*.

A questão da *eficácia* da norma jurídica pergunta pelo grau de aplicabilidade dessa entre seus destinatários através de investigação histórica e sociológica, isto é, *fenomenológica*.

Por fim, a observação a partir da *validade* não atenta à questão da justiça, mas apenas à da existência da norma positivada em si mesma. Para tanto, não recorre a juízos de valor, mas apenas a juízos de fato. “Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento.” (BOBBIO, 2001, p. 47). Para uma norma ser válida conforme esse critério é preciso observar se a autoridade que a emanou é legalmente legítima, bem como averiguar se tal regra não foi derogada por autoridade competente e, por fim, se não é incompatível com regras superiores ou posteriores. A pergunta pela validade da norma passa pela pergunta do que é direito, isto é, uma proposição *ontológica*, própria de uma *teoria do direito*.

Considerando que tais critérios são independentes, é possível dizer que uma norma pode ser justa sem ser válida; que uma norma pode ser válida sem ser justa; que uma norma pode ser válida sem ser eficaz; que uma norma pode ser eficaz sem ser válida; que uma norma pode ser justa sem ser eficaz; que uma norma pode ser eficaz sem ser justa.

O problema da justiça dá lugar a todas aquelas investigações que visam elucidar os valores supremos a que tende o direito, em outras palavras, os fins sociais, cujo instrumento mais adequado de realização são os ordenamentos

jurídicos, com seus conjuntos de leis, de instituições e de órgãos. Nasce daí a filosofia do direito como *teoria da justiça*. O problema da validade constitui o núcleo das investigações que pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como o da moral), e portanto, não os fins que devem ser realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça. **Daí nasce a Filosofia do Direito como Teoria Geral do Direito.** O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a *sociologia jurídica*. (BOBBIO, 2001, p. 52, grifo nosso).

O encaminhamento do pensamento jurídico após a codificação resultou na aproximação do direito das leituras científicas dos saberes: o direito ganharia, em breve, o *status* de ciência. A preocupação do positivismo jurídico era, portanto, *ontológica*.

Surgida como uma Teoria Geral do Direito em um primeiro momento, a preocupação de compreender o direito factível deu-se através do estudo e da comparação dos mais variados ordenamentos jurídicos, a fim de definir os modos de construção e de aplicação do direito (DIMOULIS, 2006b, p. 18).

Na Europa continental, a Teoria Geral do Direito se originou na Alemanha do final do século XVIII e início do XIX a partir das obras dos autores Ernst Rudolf Bierling e Felix Somló. Ao identificar na análise comparativa entre ordenamentos jurídicos instituições semelhantes de funcionamento, tais autores objetivavam a compreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade. A preocupação da Teoria Geral foi, primeiramente, o estudo do direito que se manifestava na realidade,

deixando de lado questões de filosofia do direito, as quais relacionam o direito ao estudo de questões valorativas tais como justiça e verdade e, ainda, ignorando questões gnoseológicas como as condições e as formas de produção do direito. Sua atenção voltava-se a uma teoria das normas, e não dos valores (DIMOULIS, 2006b, p. 19).

Nos países de *common law*, Bentham abriu caminho ao pensar acerca dos conceitos jurídicos comuns a todas as nações, isto é, baseado em uma pretensão teórica universal. Foi Austin, porém, que fundou a teoria geral do direito na Inglaterra ao se propor a estudar o direito das nações civilizadas, onde há uma estrutura jurídica semelhante, deixando claro que o objetivo de tal teoria era comparar e sistematizar os ordenamentos jurídicos.

Já no século XX, cai o termo “geral”, permanecendo apenas “teoria do direito”. Segundo Dimoulis, a razão da queda foi, sobretudo, seu sentido pleonástico, pois “toda teoria é geral”.

As tarefas da teoria do direito consistem em responder às perguntas “o que estuda?” e “como estuda?” a teoria. Dimoulis responde à primeira pergunta estabelecendo cinco temas de interesse de tal área, que passam pela análise dos conceitos gerais do direito (como normas e fontes), por uma metodologia da legislação e aplicação do direito, bem como uma epistemologia e uma análise das ideologias jurídicas.

2.4.2 A Teoria Pura do Direito

Em 1934, Hans Kelsen publica, pela primeira vez, o que viria a ser uma das principais obras jurídicas do século XX: *Reine Rechtslehre*, ou *Teoria Pura do Direito*. O autor almejava promover, por meio de tal trabalho, o direito ao *status* de ciência, delimitar seu objeto exclusivamente ao campo jurídico, tal como ele é. Sua análise procurou descrever o direito positivo em geral, excluindo dela qualquer coisa que fosse estranha ao conceito de direito (KELSEN, 2009, p. 1).

Enquanto instrumento técnico, o Direito se afastaria de concepções filosóficas. Tecnicamente – ou cientificamente –, não importa aquilo que o Direito deveria ser, mas aquilo que ele é. Contudo, a norma, por si só, não descreve, como nas ciências naturais, algo que efetivamente existe; há uma linha que separa a teoria pura do direito e a realidade efetiva (LOSANO, 2007, p. XVIII), afinal, dever ser é *dever ser*, e não *ser*, já que a norma é um mandamento que pode, ou não, ser obedecido: as normas jurídicas não operam de acordo com o princípio da causalidade (se A é, B é) mas, sim, de acordo com o da imputabilidade: se A é, B *deve ser* (KELSEN, 2009, p. 87-88).

Isso indica que, para Kelsen, o Direito se distingue da Natureza da mesma forma em que as normas jurídicas se distinguem das leis naturais: enquanto as normas de direito aplicam o princípio da imputabilidade, as leis da natureza obedecem ao princípio da causalidade. Desta forma, por definição, a norma jurídica é um esquema de *interpretação da realidade*, uma vez que ela *confere* a determinados atos humanos um significado *jurídico* (KELSEN, 2009, p. 4). As normas de direito não são produtos da natureza, mas criação humana decorrentes de um ato de vontade do legislador, o qual visa coagir o destinatário da norma a se comportar de determinada maneira, ordenando, permitindo ou facultando uma conduta (KELSEN, 2009, p. 5). No entanto, isso não quer dizer que o Direito seja mero produto da subjetividade do legislador. A partir do momento em que a norma está inscrita no ordenamento, o ato de vontade perde seu caráter subjetivo e toma consistência objetiva. Através da escrita, a norma se dissocia de seu ato de vontade constituinte, pessoal, e adquire caráter próprio, impessoal, através do ordenamento jurídico.

Se se pensar no Direito como uma ordem normativa, isto é, uma ordem social que regula a conduta das pessoas com relação às outras pessoas, é possível considerar que a Moral¹⁸ também seja uma ordem assim qualificada (KELSEN, 2009, p. 25). Contudo, de acordo com os critérios científicos kelsenianos, Direito e Moral são dois objetos diferentes, se fazendo preciso identificar o elemento que os separa.

Diferentemente da Moral, o Direito consiste em uma ordem coativa que, diante de condutas humanas consideradas socialmente indesejáveis, tem a possibilidade de coagir efetivamente e sistematicamente por meio de um ato de punição. Quando o sujeito não age de acordo com os mandamentos da lei jurídica, ele é privado de diversos tipos de bens, tanto materiais quanto imateriais, através, se preciso, do aparato de força física do qual dispõe o Estado (KELSEN, 2009, p. 35-36). Destarte, Kelsen acredita que, no âmbito do Direito, somente o ordenamento jurídico pode prever as sanções, de que modo e por quem elas serão aplicadas (KELSEN, 2009, p. 40).

¹⁸ Kelsen reconhece a Moral como uma espécie de ordem normativa, uma vez que ela regula a conduta humana ao apontar como um indivíduo deve se comportar socialmente e, além disso, também se fundamenta em um princípio retributivo. O autor faz referência ao Sermão da Montanha para assinalar que mesmo Jesus, representante de uma Moral transcendente, também prevê uma sanção justamente na medida em que promete uma recompensa divina somente àqueles que atendem aos seus ensinamentos (KELSEN, 2009, p. 29).

A Moral é, também, possivelmente positiva, sendo normalmente derivada de costumes ou uma elaborações conscientes sem, contudo, qualquer órgão que atue no sentido de verificar a aplicação de suas normas (KELSEN, 2009, p. 70-71). É, assim, ordem social que não estatui sanções *coativas*, isto é, atos de coerção socialmente organizados: há, apenas, uma *desaprovação* da conduta contrária à norma moral, sem recurso ao uso de força física por parte de uma instituição como o Estado (KELSEN, 2009, p. 72). Ainda que a Moral e o Direito sejam ordens sociais, visto que regulam a conduta humana e instituem de sanções, Kelsen acredita que a diferença entre ambas as ordens não reside no conteúdo, mas na forma, isto é, *como* prescrevem ou proíbem uma determinada conduta (KELSEN, 2009, p. 71).

Percebe-se que, para Kelsen, não é o valor da Justiça que distingue a ordem jurídica das demais ordens, mas o elemento da *coação*. Assim, segundo Kelsen, ainda que uma determinada ordem jurídica possa ser considerada injusta, tal juízo não constitui qualquer fundamento para considerá-la inválida (KELSEN, 2009, p. 55). O Direito é, simplesmente, uma ordem coativa, e não uma ordem (necessariamente) justa, pois é a coação que distingue o Direito das outras ordens sociais ao indicar a sua conexão ao Estado (KELSEN, 2009, p. 60).

O autor de *Teoria Pura do Direito* descrê em uma Moral absoluta, universal, pois leva em consideração a existência de diversos tipos de moral na história dos povos (KELSEN, 2009, p. 72). Nesse sentido, a concepção de norma, para Kelsen, se especifica, cientificamente, por uma condição de *dever ser* em direção à conduta dos homens que não pode ser qualificada em termos de *verdadeiro* ou *falso*, mas apenas em termos de *validade* e *invalidade*. (KELSEN, 2009, p. 21). É somente por conta do sentido objetivo emprestado a esse *dever-ser* por um ato legislativo que se torna possível a uma norma ser válida (KELSEN, 2009, p. 9).

A validade de uma norma depende, unicamente, de sua derivação a partir de outra norma, a partir de uma lógica que caracteriza o direito como um sistema, e um sistema formalmente piramidal, no qual a primeira norma é pressuposta¹⁹ e confere fundamento de validade para toda a ordem normativa (KELSEN, 2009, p. 9).

¹⁹ Tal fundamento é a Norma Fundamental (Grundnorm), que legitima todas as demais e que, diferentemente delas, não é originada de um ato de vontade, isto é, não se trata de uma norma legislada. Ela é um ato de pensamento, lógico e pressuposto. (KELSEN, 2009, p. 227).

As normas são, sempre, criadas por um processo legislativo legitimado pela Constituição (KELSEN, 2009, p. 222), o qual, em um Estado democrático, conta com participação popular direta ou indireta, através de assembleias populares ou eleições (KELSEN, 2009, p. 155). Tais normas serão aplicadas pelos tribunais competentes para decidir a norma a ser aplicada está ou não de acordo com o processo estabelecido pela Constituição (KELSEN, 2009, p. 264).

Através da interpretação é possível que o conteúdo da norma, consistente em tal *dever ser*, seja comparado com uma conduta real, isto é, uma conduta da ordem do *ser*, a fim de que seja verificada ou não a correspondência entre realidade e norma, indicando-se, por fim, a necessidade ou não de aplicação de sanção (KELSEN, 2009, p. 4-7). Todos os juízos de valor no Direito são, portanto, juízos de valor relativos, pois são sempre relativos ao conteúdo de uma norma alterável, e não coincidentes com uma Moral universal (KELSEN, 2009, p. 19).

A aplicação do Direito pelos órgãos jurídicos fixa o sentido das normas: produz-se, assim, de caso a caso, uma norma jurídica individual pautada na norma geral: “A aplicação do direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma” (KELSEN, 2009, p. 261). Nesse sentido, para Kelsen, todo ato jurídico em que se basearam atos inferiores é um ato criador e, ainda, aplicador de Direito, uma vez estarem submetidos a outras normas de hierarquia superior. Kelsen compreende, portanto, que as tarefas de legislar e executar uma norma são concomitantemente sempre criativas e aplicativas²⁰.

A aplicação do Direito é, portanto, um processo interpretativo pelo qual se aplicam normas superiores ao ato jurídico que o aplica, mas que, ao mesmo tempo, produz uma nova norma, específica ao caso a ser solucionado juridicamente. Visivelmente, a teoria kelseniana não aponta

²⁰ Segundo Kelsen, “[...] essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação e aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias.” (KELSEN, 2003, p. 124-125). Ainda: “É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.” (KELSEN, 2009, p. 261).

para uma aplicação automatizada do Direito: todo ato de aplicação do direito tem seu quê de indeterminação. Há, de maneira geral, uma margem de discricionariedade proporcionada pela interpretação dos textos normativos por parte de quem os aplicará. No entanto, Kelsen deixa claro que tal apreciação deve estar, a fim de que o Direito seja válido, dentro da moldura normativa da norma superior ao ato aplicativo²¹. Os tribunais estão, portanto, subordinados a tal regra.

Levando-se isso em consideração, em Kelsen a decisão (para o autor, sempre *jurídica*, na medida em que aplicada pelo órgão competente), isto é, a aplicação e a criação de normas na resolução de casos, apesar de ser em algum grau discricionária, deve estar sempre submetida aos padrões científicos de pureza do Direito²². Por isso, é preciso atentar ao fato de que “todo ato criador do direito deve ser uma ato aplicador de direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade

²¹ “Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.” (KELSEN, 2009, p. 388).

²² Na verdade, como a teoria pura do direito constitui-se numa prescrição de uma ciência jurídica descritiva (ou seja, afirma que a *ciência* do direito nada mais deve fazer senão descrever o que o direito *é*, objetivamente, em sua existência positivada), deve-se compreender que a aplicação do direito pelos tribunais não está objetivamente *submetida* a tais padrões, porque se trata de uma realidade não “abarcada” pela teoria pura do direito. A ciência jurídica, na medida em que a eles se submete, estaria apta a descrever, objetivamente, qual seria a moldura interpretativa da norma; para se adequar ao ponto de vista da teoria pura do direito, portanto, uma decisão *deveria* estar contida em tal moldura – se, de fato, ela está ou não, é uma questão que escapa à ciência do direito: temos, aqui, um fato da ordem do *ser*. Destarte, segundo o caráter geral da obra kelseniana, marcado sempre por uma preocupação com a efetivação de um possível princípio democrático, há que se ressaltar que é apenas possível talvez *intuir* que, muito embora não faça nenhum juízo expresso de valor a este respeito na *Teoria pura*, para Kelsen parece ser extremamente *desejável* que a decisão esteja calcada nos padrões científicos de pureza do Direito.

jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do direito.” (KELSEN, 2009, p. 262).

Através da interpretação e da conseqüente decisão, fixa-se um sentido normativo permitido pela moldura normativa. Dentro de tal moldura existe mais de uma interpretação, todas potencialmente aplicáveis, ainda que apenas uma seja aplicada positivamente. Logo, para Kelsen, a decisão jurídica não consiste na mera aplicação da norma: há, em algum grau, em cada resolução de caso, criação de direito. Todavia, a criação não pode ir de encontro à norma legislada, visto que “uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao direito (ilegal).” (KELSEN, 2009, p. 295). Desta forma, conclui o autor, “Não se pode, portanto, falar em conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária.” (KELSEN, 2009, p. 295).

Vê-se que para Kelsen há, sim, um componente político em toda decisão jurídica que, consoante exposto alhures, atribui à decisão jurisdicional dosagem de criação do direito, reconhecendo um elemento político, muito embora isso não seja o desejável.

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. (...) Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. (KELSEN, 2003, p. 251).

Norma e decisão são conceitos imbricados: não é possível compreender o que é “decisão” sem destrinchar o conceito de “norma”. Para Kelsen, “a norma jurídica que prescreve a indenização de um prejuízo causado a outrem estatui – ou melhor: é – um dever jurídico geral. A decisão judicial, ou seja, a norma individual que, num caso concreto, prescreve que um determinado indivíduo” (KELSEN, 2009, p. 129).

A decisão, em Kelsen, sempre parte de uma norma geral, abstrata, em direção a uma norma individual, concreta, processo que se estabelece através dos órgãos jurídicos partindo da Constituição e dirigindo-se à execução de sentença. Nesse ínterim, o direito se recria, negando a ideia de que a decisão judicial tem caráter meramente declaratório: a função do juiz não é descobrir ou dizer simplesmente o direito, mas também constitutiva (KELSEN, 2009, p. 264).

Para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é sempre outra norma, uma vez que somente uma proposição de *dever-ser* pode dar ensejo a normas jurídicas, isto é, a existência de uma norma está condicionada a pré-existência de um ato de vontade objetivo, e não um ato de vontade de caráter puramente subjetivo (KELSEN, 1998, p. 14).

Por seu caráter bastante esquemático, a *Teoria Pura do Direito* sofreu diversos ataques, muitos em parte por causa de grandes desentendimentos acerca das reais propostas de Kelsen e seu objetivo que, segundo Hespanha (2005, p. 437), era o de

[...] constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos do seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo).

Importa, aqui, desmistificar algumas dessas acusações à teoria kelseniana.

2.4.3 A crítica e a desmistificação da Teoria Pura do Direito

Como bem aponta Goyard-Fabre (2006, p. 250), a crítica à teoria de Kelsen variou desde “simples reticências à recusa radical dessa concepção da ciência do direito.” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 250).

Há muitos mitos envolvendo o positivismo jurídico. Como aponta e esclarece Dimitri Dimoulis, o primeiro deles afirma que “o positivismo nega qualquer influência da moral sobre o direito”. Difundiu-se a ideia de que haveria uma separação absoluta desses fenômenos normativos, isto é, que o legislador não precisaria recorrer à ideia de justiça. Segundo Dimoulis (2006b), os ordenamentos jurídicos muitas vezes incorporam em seus textos preceitos morais, que autorizam

os aplicadores a decidir conforme suas crenças. Além disso, o legislador também está vinculado a sua ideia própria de justiça e direito.

O legislador, quando da criação da norma, pode levar em conta a moral dominante, como pode também adotar uma moral crítica. Mas o que importa, para os fins da discussão entre positivismo e jusmoralismo, é a que os aplicadores do direito não devem exercer o poder discricionário de forma absolutamente livre: devem se ater à norma escrita para a criação da norma particular; devem apresentar regularidades, obedecer a padrões de decisão (DIMOULIS, 2006b).

No âmbito do ordenamento, a própria norma pode expressar o dever de julgar o caso específico com base em valores como boa-fé. Neste caso, porém, a norma que exige uma análise moral está positivada e estabelece a obrigatoriedade de uma interpretação conforme do intérprete (DIMOULIS, 2006b, p. 174). A Constituição Federal de 1988 prescreve, em diversos casos, valores como moralidade administrativa, idoneidade moral e respeito aos valores éticos. Tais valores, amplamente abertos à interpretação, exigem que o aplicador estabeleça o entendimento para tais conceitos, conforme sua moral individual ou moral dominante (DIMOULIS, 2006b, p. 175). Fica claro que, para o positivismo jurídico *stricto sensu*, a vinculação entre direito e moral é puramente contingente, *dependendo somente de sua previsão legal*. No entanto, “quando aumenta o número de valores morais impostos legalmente, diminui o espaço de liberdade dos indivíduos [...]” (DIMOULIS, 2006b, p. 178).

O segundo argumento afirma que o positivismo jurídico em sentido estrito estabelece que o direito deva permanecer separado da moral. Comumente se afirma que positivistas defendem que as normas jurídicas devem ser neutras e taxativas, sem qualquer referência aos valores morais. Como já visto anteriormente, não é o que ocorre: há negação apenas de uma vinculação necessária. Tanto os legisladores quanto os aplicadores podem ser influenciados pela moral, desde que dentro dos limites da norma (DIMOULIS, 2006b, p. 179).

O terceiro argumento alega que o positivismo em sentido estrito nega aos intérpretes que decidam conforme considerações morais. A pergunta que o positivismo *stricto sensu* faz é: o juiz está autorizado pela norma a recorrer à moral? *Segundo o ponto de vista dessa corrente, o aplicador não deveria recorrer à moral para corrigir um direito válido* (DIMOULIS, 2006b, p. 179). No que diz respeito à moral, por fim, afirma Dimoulis que “Assim sendo, o PJ *stricto sensu* não nega a influência da moral na aplicação do direito. Mas, dependendo da

situação legal, reputa tal influência como obrigatória, facultativa ou proibida.” (DIMOULIS, 2006b, p. 180).

O quarto e último argumento errôneo sustenta que o positivismo reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico. Além de dever atender aos critérios de validade metodológica para ser considerada válida, uma norma deve possuir eficácia social, que também é um requisito de validade (DIMOULIS, 2006b, p. 181).

Correas (1989), assim como Dimoulis, também aponta para a fragilidade da leitura de Kelsen pelos críticos, procurando quebrar a imagem normalmente atribuída a Kelsen de defensor de um direito “puro”. Para Correas, a preocupação de Kelsen residia muito mais além da constituição de uma teoria pura do direito. Segundo o autor mexicano, haveria uma preocupação também política²³, sobretudo com relação à democracia. Diz Correas: “*‘pura’ es la ciencia, no la teoria que la funda*”(CORREAS, 1989, p. 28).

Kelsen contrapôs às correntes teóricas, como o jusnaturalismo, que estabelecia a justiça da norma como critério de validade jurídica, sua proposta de pureza metodológica. Para Correas, o ponto de vista kelseniano desmascara tais ideologias jurídicas na medida em que aponta a fragilidade de uma teoria que busca fornecer legitimidade científica ao exercício do poder político, isto é, que servia à justificação de determinada ordem política e econômica sob o argumento de um direito “natural”.

A metodologia que busca separar da ciência jurídica os elementos que lhe são estranhos almeja, assim, desassociar da descrição do direito a sua justificação (CORREAS, 1989, p. 9). Kelsen não nega a relação entre o direito e as demais ciências, apenas delimita um domínio jurídico particular que possa ser definido como ciência (CORREAS, 1989, p. 10). Ao reduzir a ciência jurídica à descrição do direito positivo, a questão do conteúdo das normas é delegada a outro campo: o da política (CORREAS, 1989, p. 41-42). Assim, para esse autor, atacar a teoria pura sob o argumento de que ela não passaria da defesa do poder e legitimação do Direito e do Estado é compreender mal os interesses de Kelsen.

²³ “Sin embargo, parece passar inadvertido para dejar lugar a la idea de que el centro de su pensamiento es ‘a-político’, ‘metodológico’ o ‘científico’. Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que él llamó *Teoría pura del derecho* como una teoría – una filosofía – de ninguna manera ‘pura’, que, *por razones políticas*, intentó fundar una *ciencia pura*.” (CORREAS, 1989, p. 28, grifo do autor).

Na mesma esteira de Oscar Correias, Goyard-Fabre (2006) ressalta que o objetivo de Kelsen nunca foi apartar o conteúdo do direito das conotações políticas da sociedade em que está inserido. Sua preocupação residia apenas no método: era preciso, para conferir ao direito o caráter de científico, estabelecer os seus limites com relação às demais ciências, como psicologia e economia. O direito obedece a uma lógica própria, pura, descrita por Kelsen como um sistema de normas fechado, hierárquico, no qual somente uma norma cria outra norma, de acordo com a competência estabelecida na sua composição piramidal. A pureza do direito²⁴, como é estudada na *Teoria Pura do Direito*, reside no aspecto claro e preciso das condições de criação e aplicação das normas, as quais devem, para ser válidas, obedecer ao critério rígido de autorização da norma anterior e superior. Vê-se, portanto, que o direito limita sua pureza somente no que concerne ao seu aspecto metodológico, recusando qualquer outro método que não seja o seu próprio. O único objeto da ciência jurídica é, portanto, a norma (KELSEN, 2009, p. 79). O objetivo da ciência jurídica reside não em estabelecer, de antemão, padrões morais a serem seguidos pelos seus destinatários, mas apenas conhecer e descrever a ordem normativa vigente (KELSEN, 2009, p. 78).

Adotando como objetivo “estabelecer o que é o direito e como ele é”, a ambição de cientificidade rigorosa que anima Kelsen impõe-lhe como exigência primordial e essencial pesquisar sua “pureza”. A condição prévia indispensável para uma teoria do direito verdadeiramente científica é recusar, porque ele descamba no sincretismo de métodos, todo amálgama com a psicologia, a sociologia, a ética e a política. Com essa profissão de fé metodológica, tão breve em sua concisão extrema, Kelsen não pretende dedicar-se ao estudo de um “direito puro”: sabe muito bem que, na positividade delas, as regras de uma ordem de direito não são alheias a certos parâmetros da existência social, histórica ou mesmo ética. Em

²⁴ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, 2009, p. 1).

compensação, a pureza é o imperativo da ciência que ele quer elaborar: por isso convém desembaraçar sua configuração intelectual de todas as ilusões para- ou extrajurídicas. Já nas primeiras páginas da *Teoria pura do direito*, o preceito heurístico que Kelsen pretende observar está claro: não se trata em absoluto de expurgar o direito (seu conteúdo é o que é, pela boa razão que ele emerge, *hic et nunc*, da história do mundo que não se pode deixar à margem); é o conhecimento científico do direito que implica a pureza de seu procedimento (a abstração, antes e depois do enunciado das regras, tanto das circunstâncias de edição quanto da aplicação delas). O conhecimento puro do direito é o que se concentra na lei intelectual de produção de suas regras; ele pesquisa suas condições de inteligibilidade e de validade. Nessa perspectiva de investigação e de reflexão críticas, fica claro que o que para o jurista (ou, mais exatamente, para o jurislegislador) é um resultado – ele não pode evitar o “positivismo” –, é um ponto de partida e um ponto de apoio para a reflexão transcendental do filósofo – o que em nada implica uma opção “positivista”. Numa palavra, na teoria kelseniana, não é o direito que é “puro”, mas, em seu significado exemplar, é a ciência do direito que o deve ser. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 233-234).

Ao explicar a produção normativa, Kelsen explica que só é direito aquilo que possui tal sentido objetivo preposto por uma norma superior. Desta forma, o ato do legislador só possui sentido jurídico na medida em que é autorizado pela Constituição, isto é, na medida em que tal norma. Diferencia, assim, o legislador de um *gangster*²⁵, uma vez que esse, apesar de *subjetivamente* poder ordenar a uma pessoa que lhe

²⁵ “A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster se não apoia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência”. (KELSEN, 2009, p. 9).

entregue todo seu dinheiro, *objetivamente* seu mandamento não possui qualquer validade, isto é, não possui amparo legal. Assim, também a ordem de um salteador de estradas não pode ser interpretada como uma norma objetivamente válida²⁶.

A partir disso, é possível concluir que a relação entre Direito e Moral é um dos pontos mais controversos da teoria pura desenvolvida por Kelsen.

2.4.4 Direito e Moral em Kelsen

A relação entre Direito e Moral é um dos pilares fundamentais da teoria pura kelseniana.

Na busca por uma teoria jurídica independente, Kelsen afirma categoricamente a separação entre esses dois sistemas normativos. É preciso notar que, ao refutar filosoficamente uma Moral absoluta, o jurista confirma que o papel do Direito é livre de qualquer atadura a uma ordem universal transcendental que o oriente. À ciência do Direito não compete filosofar: ela é um instrumento puramente técnico que tem por função apenas a descrição do direito real.

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. [...]. **Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de**

²⁶ “Quanto à questão em debate isto significa: na medida em que apenas se tome em linha de conta o sentido subjetivo do ato em questão, não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estradas e a descrição do comando de um órgão jurídico. A diferença apenas ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro. Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Quer dizer: interpretamos o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida.”. (KELSEN, 2009, p. 49).

uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever”. (KELSEN, 2009, p. 78, grifo nosso).

Como já observado, para o positivismo kelseniano, o Direito, formalmente falando, está para fato como Moral está para valor. Para Kelsen, as normas jurídicas possuem uma estrutura flexível, que comporta qualquer conteúdo, isto é, são abertas a qualquer conteúdo valorativo, conquanto que seja autorizada por uma norma superior. Os valores humanos são sempre contingenciais e, portanto, muitas vezes contraditórios. Vincular o Direito a uma única Moral não faz, portanto, sentido algum.

Na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo elas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos. Quer isso dizer que a vigência de uma norma desta espécie que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto. (KELSEN, 2009, p. 19-20).

Nesse sentido, Kelsen equivale Moral e Justiça: não há que se falar em uma validade jurídica que dependa do conceito de Justiça que é, assim como a Moral, um conceito não científico e, portanto, extremamente relativo.

Kelsen define a justiça, assim como a moral, como um tipo de ordem social. A análise qualitativa que determinada se uma lei positiva é justa ou injusta é sempre um juízo de valor que compete apenas às próprias normas de justiça, isto é, em nada diz respeito à validade dessa

mesma lei no âmbito do direito positivo²⁷ (KELSEN, 1998, p. 8-9). Tal separação constitui, fundamentalmente, o princípio do positivismo jurídico: a validade de uma norma de direito positivo é dissociada da validade de uma norma de justiça (KELSEN, 1998, p. 11).

Kelsen nega a conexão necessária entre Direito e Moral, como já se viu, em razão da ausência de uma única Moral, isto é, em razão de uma pluralidade de ordenamentos morais. Porém, Kelsen também admite que uma visão moralista do direito “conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade”, tendo em vista que “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, [...] tão somente – conhecer e descrever”.

A teoria pura do direito afirma, assim, que o conteúdo da norma jurídica não é objeto da ciência jurídica, mas, sim, da ciência política, já que tal discussão permanece como questão de exercício do poder e pela vontade no plano político. Aos juristas caberia, apenas, descrever as normas jurídicas positivas.

No entanto, nem todos os positivistas compartilham da mesma ideia.

2.4.5 O jusmoralismo

Há uma certa variação com relação ao fator “moral” entre os juspositivistas. Conforme Dimoulis (2006b), existe uma série de correntes de pensamento jurídico diferentes entre si que podem levar o nome de positivistas. Segundo o autor, é possível categorizar o positivismo jurídico em duas vertentes: o “positivismo jurídico” enquanto definição geral em oposição ao jusnaturalismo, e o “positivismo jurídico” em sentido mais restrito, em contraposição ao moralismo jurídico.

Tal distinção se deu em razão da existência do que se poderia chamar de uma “terceira via”, composta por autores que consideram que o direito está vinculado a interesses de cunho moral, político e social e que, no entanto, não se encaixam no conceito de jusnaturalistas, já que rejeitam a existência de um direito natural. Não poderiam, contudo, serem englobados no conjunto de autores como Kelsen, Hart ou Austin,

²⁷ “[...] quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.” (BOBBIO, 2001, p. 59).

na medida em que esses autores descartam tais relações em todos os níveis, isto é, são considerados positivistas em sentido estrito.

Com moralismo jurídico, ou jusmoralismo²⁸, quer designar-se a abordagem jurídica que defende um vínculo necessário entre direito e moral. Considera-se algo distinto das teorias jusnaturalistas, uma vez que grande parte dos teóricos do direito já não acredita em um direito anterior ao positivado. Assim, os jusmoralistas defendem que o fim do Direito é a justiça, a moral. Ao intérprete, portanto, cabe a função de, nas vezes em que as normas não satisfaçam plenamente aquele objetivo, modificar o sentido da norma (pretensão de correção de suas deficiências) ou simplesmente afastá-la (DIMOULIS, 2006, p. 88). Os jusmoralistas defendem, por conseguinte, que “o direito formalmente válido pode e deve ser corrigido por obra de seu intérprete/aplicador, no intuito de conformá-lo às exigências da moral.” (DIMOULIS, 2006b, p. 89). Para tanto, podem recorrer tanto aos princípios estabelecidos constitucionalmente quanto aos princípios extrajurídicos, que se caracterizam primordialmente por sua abertura às diversas interpretações. Há, também, quem defenda que direito e moral são inseparáveis: para esses (a exemplo de Dworkin), não se poderia falar em correções ocasionais, por parte de uma visão moral externa, já que ambos estão em um mesmo nível de saber (DIMOULIS, 2006b, p. 95).

O positivismo jurídico *stricto sensu*, em contraposição, considera que há uma divisão radical entre direito e moral: não haveria uma conexão necessária entre os dois âmbitos de normatividade. A validade de uma norma ou de um ordenamento não depende de sua conformação com a moral dominante, tendo o Direito seu método de validação especificamente jurídico. Não interessa ao positivismo jurídico *stricto sensu*, desta forma, o valor, mas a validade do direito; interessa o direito que é, e não o que deveria ser (DIMOULIS, 2006b, p. 101).

O juspositivismo *stricto sensu*, cujo representante maior na tradição romano-germânica é Hans Kelsen, como visto, procurou estabelecer uma separação plena e radical entre direito e moral ao afirmar que não há uma relação necessária entre estes dois polos de

²⁸ Conforme Dimoulis (2006b, p. 86), o jusmoralismo poderia corresponder ao termo “**neoconstitucionalismo**” se este último não fosse tão vago: “Nossa opção terminológica decorre da inadequação de outras possíveis denominações para essa corrente. O termo jusnaturalismo é insatisfatório, pois a maioria dos moralistas modernos não acredita na existência de um direito superior, imutável e distinto do direito positivo. Outros termos usuais, como ‘pós-positivismo’, ‘interpretativismo’, ‘neoconstitucionalismo’ ou ‘direito como integridade’ são demasiadamente vagos e não indicam com clareza o conteúdo dessa corrente”.

normatividade social. Segundo a teoria kelseniana, o Direito estaria desvinculado, em um primeiro momento, das demais ciências sociais, como a sociologia e a política: Direito seria pura e simplesmente norma. Na moldura interpretativa da norma, o aplicador do Direito tem a liberdade de decidir dentro dos limites colocados pelo referencial normativo preposto.

Na contramão desse entendimento, algumas linhas de pensamento jurídico, como o jusmoralismo – que, com as devidas ressalvas, identificaremos com o termo “neoconstitucionalismo” –, têm o entendimento de que a decisão deve se submeter a princípios e valores morais, ainda que esteja em franca contradição com a norma posta. A interpretação e aplicação do Direito, pela ótica jusmoralista, só se fazem legítimas quando estão vinculadas a valores de origem moral: Direito e Moral devem estar vinculados necessariamente, se não na letra da lei, pelas leituras corretivas do intérprete (DIMOULIS, 2006b).

3 DEUS NO CÉU, NEOCONSTITUCIONALISMO NA TERRA: A ASCENSÃO DE UMA *NOVA HERMENÊUTICA*

Uma das principais fontes de críticas ao positivismo jurídico nos países de direito romanista são os autores pertencentes à corrente neoconstitucionalista. Surgida no período que sucedeu a Segunda Guerra, o neoconstitucionalismo propunha uma *nova hermenêutica*, hábil a aproximar o direito da moral em uma Europa arrasada.

No Brasil, a corrente cresceu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e até então tem orientado as doutrinas e as práticas no Judiciário brasileiro. Nesse contexto em que o jusmoralismo é apontado como um possível caminho para a felicidade, é necessário apontar as críticas e os problemas decorrentes das suas proposições.

3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O positivismo jurídico vem sendo atacado constantemente, tanto nos meios acadêmicos quanto nos de prática jurídica, por meio dos mais variados tipos de argumentos. Tida como corrente puramente legalista atida às formas e impassível aos conteúdos, para seus críticos o positivismo teria legitimado diversas atrocidades sob a égide da lei, como o regime nazista e o holocausto, bem como toda sorte de injustiças contra a humanidade. Nessa perspectiva, especialmente no período pós-Segunda Guerra, a conjuntura da história teria clamado por um Direito ético, preocupado com os valores suprapositivos da moral e da justiça social. Decretava-se a superação do positivismo jurídico em nome de uma nova compreensão da função do Direito na sociedade, uma função mais adequada aos interesses coletivos. Assim, Barroso procura explicar essa transformação no entendimento dos juristas ao afirmar que:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial,

a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, 2001, p. 31).

A alternativa surgia como uma nova proposta de constitucionalismo, envolta nos ares filosóficos de um dito *pós-positivismo*. Esse *novo direito constitucional*, que surgia principalmente na Itália e na Alemanha, estava a meio caminho entre jusnaturalismo e juspositivismo, pretendendo ser uma superação de ambas as concepções de Direito. Se, por um lado, mantinha-se separado do jusnaturalismo por ater-se às disposições constitucionais do velho positivismo, isto é, sem recorrer diretamente ao direito natural dos homens, fazia oposição ao juspositivismo através da reivindicação pelo reconhecimento da associação necessária entre direito e moral, incluindo-se, aí, a necessidade de uma interpretação constitucional moralizante.

Advindos das mais antigas e distintas tradições, com destaque para a judaico-cristã, os princípios saem da esfera da naturalidade e da religiosidade para serem incorporados ao ordenamento e positivados como normas aplicáveis, passando a agir de três formas: 1) condensando valores; 2) dando unidade ao sistema; 3) condicionando a atividade do intérprete (BARROSO, 2001, p. 25), despindo-se, por fim, do caráter de adorno axiológico e programático para tomar contornos de eficácia imediata. Sob a alcunha de norma, os princípios, porém, se fazem distinguir das regras jurídicas na medida em que, diferentemente destas, não são aplicadas conforme o esquema tudo ou nada, mas conforme a ponderação de seu aplicador em cada caso, de forma a *otimizar* cada princípio ao máximo.

Em busca da superação de um positivismo hermético, fechado às possibilidades de uma filosofia e de uma hermenêutica “autêntica”, o pós-positivismo possibilitaria àquele que julga *ir além do direito posto*, além da legalidade estrita sem, contudo, desprezar a Constituição enquanto fonte de normatividade.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça,

mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2005, p. 6).

Teoricamente, esse novo movimento baseou-se em três novas formas de compreender, interpretar e aplicar a Constituição, surgindo como um novo constitucionalismo, ou *neoconstitucionalismo*. Conforme Barroso (2005), em rompimento com o antigo constitucionalismo – que compreendia a constituição como texto puramente político, utilizando-a como mero referencial –, passou-se a considerar o texto constituinte como instrumento normativo vinculativo. O judiciário, a partir dessa nova configuração, encarregou-se de promover uma jurisdição constitucional, capaz de realizar um controle de constitucionalidade mais efetivo através de um novo método de interpretação.

Conforme Barroso (2005), a ascensão do novo constitucionalismo nos países europeus implicou no deslocamento da centralidade do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, principalmente a partir da criação dos tribunais constitucionais. Voltando-se às questões dos direitos fundamentais no que se refere à exigência por moralidade, os tribunais constitucionais já não se viam diante de casos que demandavam interpretação puramente técnica, subsumida, mas exigiam ponderação de princípios conflitantes. Requeria-se, portanto, uma nova forma de interpretar o direito, diferente da tradicional: nem sempre seria possível obter uma resposta objetiva na letra da lei. A partir de então, ao juiz estaria autorizado desempenhar a função de co-legislador, muitas vezes através da tópica²⁹.

²⁹ “Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento

Atuando com base em métodos argumentativos e ponderativos sobre a decisão, o juiz ganha uma margem de discricionariedade maior para resolver os conflitos que envolvam colisão de normas de menor densidade jurídica, devendo utilizar-se da razoabilidade para uma decisão conforme a constituição.

Se, por uma via, a nova constitucionalização do Direito autoriza uma maior discricionariedade do Judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, por outra o Poder Legislativo passa a encontrar mais limites na elaboração de leis. O Poder Judiciário serve como o parâmetro máximo de controle de constitucionalidade e, assim, “condiciona a interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2005, p. 17), a fim de instituir, por fim, uma “ordem objetiva de valores” que vinculam todos os níveis de poderes e a sociedade civil (BARROSO, 2005, p. 19).

Conforme explica Alexy (2005), em consonância com Barroso, os princípios na Constituição de Weimar tinham força meramente programática. Na atual Constituição alemã, os Direitos Fundamentais são plenamente controlados pelos tribunais em todos os níveis, se estendendo sobre os três poderes. Se antes prevalecia o paradigma da lei, hoje os direitos fundamentais predominam sobre o ordenamento jurídico, os Poderes Executivo e Legislativo.

Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales. Así que una y otra vez el Tribunal ha contenido el legislador [...]. Con el control también sobre el Legislativo, los derechos fundamentales entran en una relación de tensión con el principio democrático [...]. (ALEXY, 2005, p. 34).

Afirma Alexy que “En ningún caso el Tribunal se detiene en el teor literal de la Ley Fundamental” (ALEXY, 2005, p. 36) e que, se for necessário, a fim de alcançar a decisão correta, o intérprete deverá se sentir autorizado a decidir *contra legem* (ALEXY, 2005, p. 36). Isso

técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” (BARROSO, 2005, p. 12).

porque, conforme as palavras deste autor, o processo de ponderação tem seu viés antidemocrático, porque “desconfian del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada.” (ALEXY, 2005, p. 38).

Isso, no entanto, se justifica porque, para Alexy (2005), do mesmo modo que para Barroso, o Poder Judiciário possui competência para representar os cidadãos. Diz Alexy que o Tribunal Constitucional não atentará contra o Legislativo, mas “aspirará a una representación argumentativa de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento. Cuando triunfa la representación argumentativa triunfa la reconciliación.” (ALEXY, 2005, p. 40).

Ademais, a preocupação da Corte não deve ser decidida com rigor metodológico, ou seja, de acordo com declarações técnicas, mas por meio de “razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar a la balanza”, em um procedimento decisório que se restringe às falas argumentativas (ALEXY, 2005, p. 41).

Tal linha argumentativa se expande no discurso jurídico brasileiro, ainda que através da leitura um tanto questionável da literatura jurídica estrangeira. Fala-se muito, hoje, acerca dos *hard cases*, isto é, dos casos para os quais não há uma decisão unívoca. Ao juiz seria permitido decidir de maneira a colidir com decisões dos demais juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.

Hart (2001, p. 336), n’*O conceito de direito*, afirma a existência desses casos em que o direito existente não poderia garantir uma decisão correta. Nessas situações, o juiz deveria decidir motivado por razões gerais que justificassem sua decisão, ou melhor, deveria pensar como um legislador pensaria.

Em Dworkin, a solução dos casos difíceis se dá pela ideia de *romance em cadeia* (DWORKIN, 2001, p. 235-237), pela qual ele se vale da interpretação literária como modelo para o método de interpretação jurídica que preserve a integridade do direito. Como no exercício literário do romance em cadeia, a atividade dos juízes na resolução dos “casos difíceis” deve ser guiada por regras ou princípios de Direito que se inferem das decisões dos demais juízes sobre matéria semelhante. O juiz deve tomar conhecimento do que já foi escrito para chegar a uma compreensão do que foi construído coletivamente, da mesma forma que um romancista em cadeia forma uma opinião sobre o que foi escrito até o momento de sua contribuição (DWORKIN, 2001, p. 238). Assim, “Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não

partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2001, p. 238). Interpretar não é, para esse autor, portanto, criar direito *exnihilo*.

Tal linha de pensamento ganha evidência no Brasil, entre os neoconstitucionalistas, uma vez que se estabelece em contraposição ao modelo hermenêutico kelseniano. Contudo, como já dito, a leitura brasileira se esquece de atentar ao caráter vinculante da teoria de Dworkin. Ela se arma do discurso de uma nova proposta de interpretação normativa que recusa a lógica dedutiva da “velha hermenêutica”, em nome de uma leitura que reconstrua o sentido da norma de acordo com o caso concreto, quer dizer, pragmaticamente (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 19). Ao intérprete caberia a função de, nas vezes em que as normas não satisfizessem plenamente o objetivo, modificar o sentido da norma (pretensão de correção de suas deficiências) ou simplesmente afastá-la (DIMOULIS, 2006b, p. 88).

Para além da pragmaticidade do realismo jurídico, tal corrente se atém aos valores morais para guiar as decisões jurídicas. Dimoulis conferiu a ela o desígnio de *jusmoralista*³⁰, para a qual “o direito formalmente válido pode e deve ser corrigido por obra de seu intérprete/aplicador, no intuito de conformá-lo às exigências da moral.” (DIMOULIS, 2006b, p. 89). A fim de alcançar tal objetivo, tal corrente autoriza o intérprete a decidir tanto legalmente – situação na qual os princípios estão estabelecidos constitucionalmente, sem qualquer distinção nesse sentido com relação à teoria positivista em sentido estrito – quanto por meio de princípios *extrajurídicos*, que se caracterizam primordialmente por sua abertura às diversas interpretações (DIMOULIS, 2006b, p. 95), inclusive as *ilegais*.

Para o positivismo jurídico em sentido estrito, como o kelseniano, considera-se que há uma divisão radical entre direito e moral pela qual a validade de uma norma ou de um ordenamento não depende de sua conformação com a moral dominante ou a moral dos *juristas*, tendo o Direito seu método de validação especificamente jurídico. Não interessa ao positivismo jurídico *stricto sensu*, desta forma, o valor, mas a *validade* do direito; interessa o direito que *é*, e não o que deveria ser (DIMOULIS, 2006b, p. 101).

³⁰ É preciso ressaltar que o termo jusmoralismo procura cobrir com mais coerência o grupo de escolas que se costumam denominar “pós-positivismo”, “interpretativismo”, “neoconstitucionalismo” ou, ainda, “direito como integridade”, pois, na visão de Dimoulis, tais termos são vagos, tanto conceitualmente quanto historicamente falando (DIMOULIS, 2006b, p. 86).

Interpretativamente falando, segundo Cademartori e Duarte (2009, p. 20), Kelsen admitia a competência do juiz de enquadrar o caso a ser resolvido na moldura da norma. Tal enquadramento, no entanto, se daria através de uma operação lógico-sintática dos termos legais que prevaleceriam sobre o contexto sobre o qual se incidiria. Para a *nova hermenêutica*, o sentido da norma não seria pré-delimitado semanticamente: ele é determinado e reconstruído pelo contexto histórico específico do caso jurídico.

Foi no âmbito constitucional que se encontrou espaço para a aplicação dessa nova concepção interpretativa, uma vez que ele demandaria

[...] maior densidade regulativa, dentro de parâmetros racionais e legítimos, aos valores fundamentais (exemplificados nos artigos 1º a 4º e 5º a 17º da Constituição da República Federativa do Brasil) e programas de ação socioeconômicos (as chamadas normas programáticas, cujos exemplos na Constituição brasileira podem ser vistos no seu artigo 170 ou em alguns direitos sociais decorrentes dos artigos 6º e 7º da mesma Constituição) típicos do constitucionalismo contemporâneo). (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 22).

No contexto de uma sociedade cada vez mais plural em termos de valores e interesses, mostra-se impossível ao rígido texto legal acompanhar as engrenagens que põem em movimento sociedade. A Constituição, por sua maior abertura interpretativa, permitiria a nova abordagem hermenêutica. Essa é, de antemão, a proposta do *neoconstitucionalismo*: um equilíbrio a ser alcançado pelos intérpretes entre Direito, Moral e Política. Fala-se, portanto, em uma *razoabilidade prudencial* em detrimento de um *cientificismo formal* característico da “velha” hermenêutica positivista (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

O *neoconstitucionalismo* tem suas raízes no contexto europeu posterior à Segunda Guerra, no qual a figura de um Estado intervencionista (ou *Welfare State*) se fazia necessário para a reconstrução dos escombros materiais e políticos nos países afetados (os *perdedores*, na primeira onda), em especial Itália e Alemanha. A reconstrução mencionada exigia a atuação positiva do Estado a respeito das normas de direitos fundamentais sociais. Também os procedimentos

de aplicação legalmente dados não permitiam a atuação pragmática do *Welfare State* nesse sentido. Preocupava-se em saber como *efetivar* tais direitos constitucionais. Fala-se, quando se discute o surgimento do neoconstitucionalismo, da transição do Estado liberal clássico e do Estado social, isto é, do *Estado de Direito* – pautado fundamentalmente em uma noção de direitos individuais – e do *Estado Social* para o *Estado Constitucional*³¹³² (CADERMARTORI; DUARTE, 2009).

A nova hermenêutica constitucional se coloca, portanto, contra as ideias positivistas, especialmente no que diz respeito às fontes de direito e a relação entre direito e moral. O neoconstitucionalismo promove um deslocamento do centro de produção jurídica do legislador para a decisão do magistrado (CADERMARTORI; DUARTE, 2009, p. 44). Diferentemente do Estado de Direito e do Estado Social, nos quais os direitos se manifestavam primordialmente de maneira *formal*, o Estado Constitucional estabelecia a possibilidade de uma tutela jurisdicional ativa.

Isso se dá porque, no Estado Constitucional, segundo Pérez Luño (1998), ocorre a substituição da primazia da lei pela da Constituição, isto é, a substituição do controle de legalidade pelo de constitucionalidade e o da reserva de lei pela constitucional³³. O alto grau de abstração das normas constitucionais que envolvem valores e a ausência de leis para determinar sua aplicação prática exige dos intérpretes, segundo o neoconstitucionalismo, uma decisão que lhes

³¹ “Desde el punto de vista jurídico, algunos constitucionalistas al cotejar el Derecho constitucional comparado de la actualidad, comprueban que los derechos y libertades reconocidos en los diversos textos constitucionales difieren notablemente entre sí. Incluso entre los Estados pertenecientes a la cultura occidental, aquellos que obedecen al modelo político del Estado de derecho, se dan divergencias notables. Así, mientras en algunos de ellos, los que siguen fieles al tipo del Estado liberal de derecho, sólo reconocen las libertades de signo individual, o sea, los derechos personales civiles y políticos; en otros, los que obedecen al modelo del Estado social de derecho, amplían el catálogo de las libertades para incluir en él también a los derechos económicos, sociales y culturales.” (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 101).

³² Cademartori e Duarte (2009) afirmam que a distinção entre os três Estados pode ser dada pela geração de direitos fundamentais, conforme a sequência.

³³ “1. El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución; 3. El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 547).

confira uma eficácia provinda da tutela jurisdicional ativa, pautada na “fundamentação racional de valores”.

Nesse sentido, o novo constitucionalismo não estaria interessado em resolver os *hard cases* de acordo com “as convenções do passado”. Para sua proposta hermenêutica, “Não se trata de ignorar a institucionalização do direito, **mas o que é mais importante encontra-se mais além dos limites estritamente institucionalizados.**” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 43, grifo nosso).

Em resumo, como bem aponta Streck (2014), o neoconstitucionalismo é uma alteração do modo de compreender a práxis político-jurídica que afeta, primeiramente, o plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Constitucional e Democrático de Direito; em um segundo momento, o plano da Teoria do Direito, no âmbito da teoria das fontes (a Constituição se sobrepõe às leis); a teoria da norma (pela qualificação dos princípios como normas); a teoria da interpretação, com a proposta de uma *nova hermenêutica*.

3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

No Brasil, de acordo com Barroso (2005), o advento da Constituição Federal de 1988 marcou a era do novo constitucionalismo no país, visto que a Constituição se tornou o centro do ordenamento jurídico e conferiu aos princípios caráter normativo, a exemplo do que ocorreu nos demais países europeus constitucionalizados do pós-guerra. A “Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.” (BARROSO, 2005, p. 26). A constitucionalização confere aos juízes e aos tribunais o poder de controle difuso da constitucionalidade, e ao Supremo Tribunal Federal o poder concentrado, podendo, de ambas das formas, “recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.” (BARROSO, 2005, p. 44).

Interessa notar que, desde a democratização, o Poder Judiciário ascendeu vertiginosamente como uma instituição capaz não só de manter o aparelho jurídico em funcionamento, mas de agir politicamente, judicializando as questões políticas da sociedade brasileira (BARROSO, 2005, p. 45).

Mas o que confere ao Poder Judiciário esse papel de decidir politicamente em detrimento dos demais poderes? Segundo Barroso,

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política[...]. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. **É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico.** Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. (BARROSO, 2005, p. 46, grifo nosso).

Afirma, ainda: “No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. **E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los**” (BARROSO, 2005, p. 50, grifo nosso).

A partir de redemocratização, passou-se a defender a necessidade de uma leitura valorativa do Direito, principalmente a partir da literatura estrangeira que, lida sem muitos critérios, foi encaixada à realidade nacional. Diante de uma lei imoral ou injusta, o jurista brasileiro, ensimesmado, achou por bem decidir de acordo com sua concepção moral cada caso particular: promove sua leitura corretiva da norma posta e ignora aquelas que julga impróprias.

Se os juízes se sentem mais livres para divergir da lei escrita, da norma positivamente colocada pelo legislador, percebe-se uma derrocada progressiva do referencial normativo tradicional – ou legítimo – que deveria nortear as decisões jurídicas. Na teoria estrangeira, em especial na dworkiniana, o jurista, ainda que pautado na relação indissociável entre Direito e Moral, deve seguir as indicações da comunidade jurídica a fim de manter uma integridade do direito. O intérprete não deve decidir com base apenas no “senso de justiça”, sob o risco de estar promovendo um ativismo judicial subjetivista, sem qualquer referencial externo.

Para Dimoulis (2011), após a CF/88, o Poder Judiciário ganhou forte expressividade no cenário nacional, ampliando seu protagonismo e alterando o equilíbrio entre Poderes. Afirma que “Dentro dessa mudança verificamos que o Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo

legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprindo também omissões do Legislativo.” (DIMOULIS, 2011, p. 222). Tal protagonismo pode ser identificado com uma judicialização da política, que cresce também à medida que os Poderes Legislativo e Executivo deixam de exercer efetivamente suas funções.

Nesse sentido, é significativa a fala de Paulo Bonavides, segundo o qual

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. (BONAVIDES, 2004, p. 127).

Os juristas brasileiros incorporaram, pois, o discurso pós-positivista, ou neoconstitucionalista ou, ainda, um jusmoralismo, o que se evidencia através de decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa crescente referência a valores extrajurídicos, considerando-se a relevância democrática de um Judiciário com limites, provoca a sensação de que há uma ausência de referência material – a lei – às decisões jurídicas.

Como observa Streck (2016c), a situação jurídico-política atual é resultado de um processo que se iniciou com a implementação da Constituição Federal de 88, e que se dá sob a égide de teorias de “erodição” do Direito:

No dia em que foi feita a primeira ponderação depois da CF/88, começou a erodição (e não a erudição) do Direito. Quando aplicaram pela primeira vez um princípio ad hoc, inventado sob pretexto de que “princípios são valores” (oh, que estrago que isso fez!), ali foi dado um passo importante rumo ao...fracasso. Hoje estamos nesse estado. Tendo que dizer o óbvio: a Constituição é norma. E que ser “revolucionário” é defender a legalidade constitucional. Porque não tem Cristo que consiga fazer com que se cumpra nem mesmo um Código como o de Processo. Pior: descumprimento incentivado por professores, magistrados e outros quietais.

Para autores como Dimoulis e Streck, a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil se deu de maneira bastante duvidosa, amparada pela academia e pela magistratura.

Alguns teóricos do direito, como Dworkin – cuja recepção foi bastante distorcida no Brasil³⁴ –, procuraram trabalhar com essa problemática. Concebendo o direito como integridade, opondo-se à divisão dos saberes em sistemas fechados, Dworkin defende o princípio adjudicativo de integridade que requer dos juízes a tecelagem de decisões coerentes como um todo. O conceito de direito deste autor é concebido nos termos de interpretação. O *direito como integridade* faz com que o conteúdo do direito não se resuma a “convenções especiais” ou “cruzadas independentes”, mas a interpretações refinadas e concretas da prática jurídica em geral (DWORKIN, 1999, p. 301). Para Dworkin, as decisões judiciais devem ser regidas sempre por princípios jurídicos, não por convicções políticas pessoais. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe seja próxima: as decisões judiciais devem ajustar-se à prática constitucional, e não simplesmente ignorá-la (DWORKIN, 1999, p. 452).

Ao mesmo tempo, diz Dimoulis (2009), que se está indo em direção a um direito casuístico, importamos Dworkin sem atentar às suas condições. As análises do autor sobre a definição do direito e suas relações com os ideais morais continuam sendo ignoradas pela maioria dos autores nacionais que utilizam Dworkin de maneira seletiva. Em recentes trabalhos jurídicos abundam as referências aos posicionamentos do autor sobre os princípios jurídicos e sobre a necessidade de decisão do juiz mediante ponderação de princípios. Mas essas análises não estão acompanhadas de referências ao conceito de direito adotado pelo autor. Isso impede o entendimento correto do papel que o autor reserva aos princípios jurídicos. A recepção brasileira de Dworkin faz crer que o

³⁴ O projeto de Dworkin (2002, p. VII-VIII) deve ser apreendido como uma teoria do direito que quer descrever “o que é o direito” em um determinado tempo e lugar. Ao mesmo tempo, afirma o autor que sua teoria do direito é fundada em uma teoria política em particular, o liberalismo político, que recusa o utilitarismo e que, portanto, faz de seu trabalho também uma tese sobre “o que o direito deve ser” na sua comunidade jurídica em particular. Dworkin não pretende fazer considerações a respeito do direito em geral. É, no mínimo, incongruente tentar adaptar sua teoria a outras realidades sociais e jurídicas sem compreender o seu projeto como algo voltado ao contexto específico do *common law* nos Estados Unidos.

autor concede aos juízes um amplo poder discricionário para que encontrem, mediante oportunas ponderações, as melhores soluções. Mas isso contradiz frontalmente a posição do próprio autor que deseja limitar a discricionariedade do Poder Judiciário, impondo-lhe o dever de decidir conforme exigências morais da comunidade (DIMOULIS, 2006b, p. 96-97).

Segundo Streck, em consonância com essa ideia, o neoconstitucionalismo (ou “Constitucionalismo Contemporâneo”, como prefere o autor) no Brasil promoveu uma “recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.” (STRECK, 2014).

O neoconstitucionalismo contribuiu, diz Streck (2014), para a corrupção do texto da Constituição. Se o neoconstitucionalismo do pós-guerra, na Europa, foi de fundamental importância para a reafirmação do constitucionalismo no continente, no Brasil tal movimento tomou feição de “ativismos e práticas discricionárias.” Streck diz, ainda, sobre a postura antipositivista da corrente – reforçando a ideia de que o neoconstitucionalismo não faz mais do que criar um mito acerca do positivismo do século XX –, que “o neoconstitucionalismo – no modo como vem sendo entendido em terraebrazilis– vem sendo apenas (um)a superação do paleo-juspositivismo (exegetismo).”

Se, por um lado, vê-se um crescente movimento em nome de uma validade principiológica-normativa constitucional, por outro se evidencia no plano fático que o discurso neoconstitucionalista fertiliza o terreno para a justificação de decisões arbitrárias.

Os aplicadores do direito detêm o poder para decidirem de acordo com sua vontade e, ao mesmo tempo, não se fornece qualquer saída para mitigar as eventuais consequências danosas de certas decisões, o que não seria pouca prudência em um estado onde não faltam exemplos de decisões judiciais em total desacordo com as leis vigentes (STRECK, 2016a). É, na verdade, a regra de interpretação do nosso tempo: em nome de maior dinamicidade e eficiência, defende-se o desprezo à rigidez da letra da lei.

3.3 CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, como se percebe, não passou ileso às observações que colocam em xeque a sua validade como teoria e que

apontam, para além das incongruências do campo intelectual, para os riscos da aplicação inconsequente de seus preceitos.

Guastini (2013), em *Sur le neoconstitutionnalisme*, defende o posicionamento de que o neoconstitucionalismo, diferentemente de uma teoria jurídica, não passaria de um *conglomerado* de teses de contorno muito fluido sobre o direito. No entanto, observa que há, de fato, alguns pontos comuns a todos os juristas assim classificados. A principal convergência dos autores encaixados nessa corrente é a compreensão de que a constituição possui, axiologicamente, superioridade com relação às demais leis do ordenamento jurídico.

A sobreposição da Constituição às leis decorre da ideia de que é preciso não somente controlar negativamente a legislação inferior, mas de que é preciso orientá-la positivamente a fim de modelar a sociedade conforme seus princípios. Para os neoconstitucionalistas, os princípios constitucionais garantem tal orientação na medida em que são axiologicamente superiores às regras.

As regras devem ser, por conseguinte, sempre submetidas à apreciação dos princípios constitucionais – ou seja, devem ser maleáveis, *flexíveis* –, que podem derogá-las a fim de que o caso concreto possa ter uma solução não meramente legal, mas *justa*. Na visão de tal corrente, direito e justiça estão *necessariamente* conectados.

No intuito de concretizar a justiça, afirma-se que as normas que conferem direitos são superiores inclusive às normas que estabelecem o modo de organização do poder público. Defendendo um alcance ampliado da Constituição, os ditos neoconstitucionalistas afirmam que as normas constitucionais materiais não regulam apenas as relações jurídicas verticais, como a entre Estado e cidadão, mas também as horizontais entre os cidadãos, tendo, portanto, aplicação *direta* sobre as normas de direito civil, penal e administrativo.

Os juristas que assim podem ser chamados desprezam, por regra, o direito como uma ciência pura, isto é, desprezam o modelo metodológico que encara o direito enquanto um sistema *puro*, objeto apenas de conhecimento objetivo e não de valor – em suma, desprezam o *positivismo jurídico*. Ao invés disso, acreditam que a ciência jurídica deve ser *prática, militante*, guia da jurisprudência e da legislação até a justiça (GUASTINI, 2013).

Há duas, entre as poucas teses do neoconstitucionalismo, conforme Guastini (2013), que merecem destaque. A primeira delas propõe a conexão entre direito e justiça (ou moral, conforme o autor). A segunda tese afirma que os princípios, de maneira diversa ao que sucede às regras, são aplicados por ponderação, e não por subsunção. A

aplicação da Constituição se dá, conseqüentemente, através de ponderação, e a ela estão submetidas, por conseguinte, as leis.

A relação entre direito e justiça (ou direito e moral), na teoria do direito, observa, se diferencia por diferentes tipos de ligações, que podem ser de cunho tanto *pragmático*, quanto *conceitual* ou *contingente*(GUASTINI, 2013).

A compreensão *pragmática* afirma que o direito tem, sempre, uma pretensão de justiça ou correção moral, pois nenhuma lei costuma se autodeclarar injusta. Desta forma, direito e justiça estão intrinsecamente unidos, chegando-se à conclusão de que ou uma lei é justa ou não é direito.

Conceitualmente, o direito injusto não seria considerado direito. Tal visão advém do jusnaturalismo e admite uma “meta-ética cognitivista”, para a qual os valores morais podem ser considerados verdadeiros ou falsos. Tal ideia é, conforme explica o autor, semelhante às crenças religiosas que pregam a existência de uma moral objetiva divina, a qual se coloca em contraposição à autonomia moral dos indivíduos. Nesse sentido, tal visão cognitivista da ética se mescla não à liberdade moral do liberalismo político, mas à intolerância e ao totalitarismo³⁵.

A conexão entre direito e justiça é, a partir do viés da *contingência*, a que mais interessa ao autor, já que é a ela que se atrelam os neoconstitucionalistas. Explica Guastini que predomina, atualmente, um positivismo *soft*, para o qual o direito não está, necessariamente, vinculado à moral. A conexão entre as duas esferas seria, para os neoconstitucionalistas, apenas *contingencial* nos Estados constitucionais.

De nos jours, certains positivistes – partisans d’un positivisme dit <<soft>>, <<inclusif>> ou

³⁵ “En premier lieu, l’idée qu’existent des valeurs morales (ou de justice) objectives est une idée délicieusement métaphysique. Elle est, en tout, analogue aux croyances religieuses: l’existence des valeurs objectives est vérifiable empiriquement tout comme l’existence de dieu. A mes yeux, cela rend cette idée franchement privée de tout intérêt. En second lieu, l’idée qu’existent des valeurs morales (ou de justice) objectives est une idée politiquement repugnante. Le noncognitivism éthique <<implique>> (pragmatiquement, c’est-à-dire, bien entendu, non logiquement) l’autonomie morale des individus, le libéralisme politique, la tolérance; par symétrie, le cognitivism éthique, quant à lui, <<implique>> (pragmatiquement) une certaine forme d’intolérance, de fondamentalisme ou de totalitarisme.” (GUASTINI, 2013, p. 272).

<<incorporationniste>> - soutiennent qu'il existe non pas une connexion conceptuelle, et partant nécessaire, entre le droit et la morale, mais une connexion contingente qui vaut seulement à l'intérieur de certains ordres juridiques et, notamment, au sein des états constitutionnels contemporains. (GUASTINI, 2013, p. 273).

A grande maioria das constituições contemporâneas traz em seu texto expressões que evocam valores morais, tais como “dignidade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Para que o direito seja considerado válido, atualmente, é preciso que ele seja remetido aos valores morais.

De cette façon, les principes constitutionnels <<renvoient>> à la morale ou <<incorporent>> des valeurs Morales dans le droit constitutionnel en tant que critères de validité substantielle des lois. C'est la raison pour laquelle, dans de nombreux systèmes juridiques contemporains, même s'il ne s'agit pas nécessairement de tous les systèmes, l'identification du droit valide exige des évaluations morales. **En ce sens, la séparation entre le droit et la morale n'est pas nécessaire (c'est-à-dire conceptuelle, comme le voudraient les jusnaturalistes), mais bien plutôt contingente: de fait, dans certains ordres juridiques – concrètement, dans les états constitutionnels – la séparation entre droit et morale ne subsiste plus du tout.** (GUASTINI, 2013, p. 274, grifo nosso).

Nesse sentido, Guastini aponta que a conexão entre direito e valor é contingencial para os neoconstitucionalistas. Contudo, tal conexão está, sempre, presente no discurso jurídico das Constituições hodiernas: parece que a separação entre direito e moral *simplesmente não existe*.

Ademais, conforme Guastini, há o problema que reside na compreensão do que “moral” pode significar. Levantam-se duas possibilidades: é possível falar em uma moral “social”, ou seja, uma moral surgida dos valores tradicionais e consensuais de uma comunidade e, também, em uma moral “ideal” (ou “crítica”), que se refere à restrita aos princípios éticos individuais.

As consequências são, independentemente de como se compreenda o conceito de moral, problemáticas. Se se compreende a

moral como sendo sempre uma moral ideal, isto é, individual, a aplicação do direito constitucional depende primordialmente da leitura moral dos intérpretes e de seus julgamentos de valor subjetivos, ou seja, a decisão está completamente confiada à discricionariedade do julgador: “*Autrement dit, la concrétisation des dispositions constitutionnelles contenant des concepts <<moraux>> est entièrement confiée à la discrétionnalité des organes d’application*” (GUASTINI, 2013, p. p. 275).

De outra forma, se o conceito de moral é baseado na moral “social”, a aplicação dos princípios constitucionais não exigiria, em princípio, a interpretação moral dos seus aplicadores, mas a constatação dos valores morais socialmente aceitos. Porém, a tarefa se torna impossível quando se leva em consideração que tal constatação deve se dar em uma sociedade plural, globalizada, onde as opiniões morais são muito divididas. Dessarte, ainda assim, a decisão estaria pautada unicamente na moralidade do intérprete, isto é, na moral individual.

En somme, les concepts employés dans la formulation des principes constitutionnels sont, banalement, des concepts juridiques hautement indéterminés – qui font appel aux doctrines morales, aux sentiments de justice, aux idéologies politiques des interprètes – dont l’interprétation est, par conséquent, hautement discrétionnaire. (GUASTINI, 2013, p. 276).

Os valores morais contidos nos princípios constitucionais são sempre conceitos jurídicos *altamente indeterminados*, que são remetidos diretamente a doutrinas morais, aos sentimentos de justiça e às ideologias políticas daquele que os interpretam e decidem.

Nessa mesma perspectiva, Dimoulis (2008) afirma que nenhuma das características atribuídas ao neoconstitucionalismo como sendo próprias dele (reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova interpretação jurisdicional) o define satisfatoriamente como sendo um *novo* constitucionalismo.

Primeiramente, quanto ao reconhecimento da força normativa da Constituição, Dimoulis cita Sieyès, que já no século XVIII defendia que “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada” (DIMOULIS, 2008, p. 4). Sobre a jurisdição constitucional, afirma que desde o século XIX os Estados Unidos – e em seguida diversos países europeus – adotaram o modelo de controle constitucional, inclusive o

Brasil (desde a instauração da República no século XIX), o que entraria em conflito direto com a afirmação de que somente a partir da Segunda Guerra teria havido um pleno desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito (DIMOULIS, 2008, p. 6). Por fim, quanto à “nova interpretação”, Dimoulis afirma que certamente o número de decisões que se baseiam em princípios cresceu nas últimas décadas, mas isso não significa um rompimento com o modo tradicional de interpretação constitucional que caracterizasse uma nova interpretação (DIMOULIS, 2008, p. 11). Além disso, de maneira geral, uma heterogeneidade nas teorias ditas neoconstitucionalistas impediria considerar a existência de uma corrente teórica; o único ponto de ligação entre tais autores seria o afastamento do positivismo jurídico (DIMOULIS, 2008, p. 14).

A prevalência da Constituição e a necessidade de levar a sério, isto é, de implementar seus mandamentos, reconhecendo, em particular, a relevância normativa de seus princípios é uma obviedade, da qual nenhum jurista moderno discordaria. Se é (só) isso que o neoconstitucionalismo deseja, não temos novidade nem necessidade de debater. (DIMOULIS, 2008, p. 15).

Destarte, sendo aquelas características não uma particularidade desse novo movimento, o que poderia defini-lo como algo novo com relação ao constitucionalismo tradicional seria sua postura antipositivista, bem como a afirmação da necessidade de princípios morais para interpretação e aplicação do direito positivo, sendo melhor definido como um *moralismo jurídico* (DIMOULIS, 2008, p. 16).

De qualquer modo, sendo o neoconstitucionalismo ou não uma teoria propriamente dita ou, de qualquer modo, uma *nova* teoria, é certo dizer que possui pontos fortes que o caracterizam e o distingue dos demais modos de pensar o direito. Como já afirmado, a relação com a moral é um desses pontos.

Para os neoconstitucionalistas, direito e moral possuem princípios comuns e não se distinguiriam necessariamente (BARBERIS, 2005, p. 260). O raciocínio jurídico seria um caso específico de raciocínio moral, uma vez que a obrigatoriedade de uma regra só seria possível pela moral. Não haveria que se falar, alegam os neoconstitucionalistas, em obrigações *puramente* jurídicas. Segundo tal

lógica, as razões de fundar o direito só poderiam ser morais. A única salvaguarda contra eventuais injustiças ou incorreções do direito positivo, nesse cenário, seria a moral – não *qualquer* moral, senão a desenvolvida pelos juristas através de argumentação racional.

Para Comanducci (2005), uma das diferenciações entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo se dá porque esse já não encara, como este, a Constituição como um instrumento de limitação ao poder estatal, mas como garantidor dos direitos fundamentais. Isso se explicaria pelo fato de que, atualmente, o poder estatal não é mais visto com suspeita pela nova corrente de pensamento, “que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha firmado progressivamente em Occidente y que va expandiendo su influencia em vastas zonas del mundo.” (COMANDUCCI, 2005, p. 85).

Para Comanducci, a ideia de uma resposta correta (ou melhor possível) a um caso jurídico com base na moral não encontra condições para se implementar, não pela questão de saber se realmente existe uma moral objetiva, mas por problemas práticos, já que: i) supondo que exista uma moral objetiva, ela não é conhecida nem compartilhada por todos os juízes; ii) não existe em nossa sociedade uma moral positiva compartilhada por todos os juízes (há um pluralismo ético); iii) os juízes não são coerentes nem com relação às próprias decisões; não constroem um sistema consistente de Direito e Moral para resolver seus casos; iv) os juízes nem sempre argumentam e decidem racionalmente (COMANDUCCI, 2005, p. 92).

Ainda, o neoconstitucionalismo promoveria um aumento da indeterminação do Direito, já que i) os princípios são vagos com relação às normas; ii) a impossibilidade de uma moral objetiva adotada por todos os juízes aumenta sua discricionariedade, que podem decidir fazendo referência às próprias, subjetivas, concepções de justiça; iii) a ponderação – a ausência de hierarquia – entre princípios também aumenta o poder discricionário (COMANDUCCI, 2005, p. 93).

Conforme Comanducci, pensando a respeito do tipo de norma moral que poderia justificar uma decisão, poder-se-ia dividi-la em quatro tipos: i) uma norma moral objetiva verdadeira; ii) uma norma moral objetiva racional, aceitável por um auditório racional; iii) uma norma moral subjetivamente escolhida, isto é, uma moral individual; iv) uma norma moral intersubjetivamente aceita, isto é, uma moral positiva. Diante dessas alternativas, qual o juiz deve seguir? (COMANDUCCI, 2005, p. 95). Para Comanducci, qualquer uma dessas opções se reduz, no final das contas, à terceira, por conta das dificuldades factuais já

mencionadas. Nesse cenário, fundamentar a decisão na lei ou é inútil (já que a lei coincide com a moral) ou é proibido (quando a lei contraria a norma moral).

El Derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en superflua: el paso justificativo que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del Derecho quedaría confiada solamente a la consciencia moral de cada juez [...]. (COMANDUCCI, 2005, p. 95).

A decisão deixada nas mãos da consciência moral do juiz “no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones o de las soluciones de los conflictos (que, según una opinión muy común, constituyen algunos de los objetivos más relevantes de la organización jurídica).” (COMANDUCCI, 2005, p. 96).

Ainda, pergunta Barberis: não estaria a própria moral suscetível a distorções ainda piores do que as distorções da lei?; a moral crítica, elaborada pelos juristas, poderia ser conciliada com a democracia?; e, em um questionamento final: “¿Quién, en condiciones normales, elegería hacerse juzgar – no por un propio juez natural, sino – por un comité de filósofos morales?” (BARBERIS, 2005, p. 276).

Como bem questiona Dimoulis,

Na verdade, nada indica que a Constituição corre maior risco de ser descumprida mediante ato do Legislativo, que será baseado em determinada interpretação da Constituição, do que mediante decisão do Judiciário que será baseada em uma interpretação da Constituição eventualmente divergente. Como foi observado, “se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?” (DIMOULIS, 2008, p.8).

Para Hassemer, nesse sentido, diferentemente de valores, uma norma não precisa ser “provada”, fundamentada, em uma decisão: ela simplesmente vigora. A correção e a legitimidade de uma decisão, em um sistema codificado, depende unicamente de sua correspondência à norma. Com os princípios, a situação é um tanto diferente.

Quando a jurisprudência se pode socorrer de normas codificadas, o problema das exigências de legitimação põe-se de modo diferente. A norma codificada em si já não precisa de ser legitimada na fundamentação da decisão. Ela “vigora”. Aqui, demonstração de “correção” da decisão apenas significa que a dedução da decisão jurídica a partir da norma pode ser demonstrada; a invocação de princípios fundamentais já não é necessária – e, em regra, é considerada suspeita. **Quem, num sistema codificado, se reportar à “boa-fé”, aos “bons costume” ou ao “caráter condenável” para legitimar a sua decisão, arrisca-se a ser suspeito de estar a contornar ou distorcer as normas codificadas, de não levar a sério o direito codificado, que aliás alega ter concretizado os princípios jurídicos fundamentais.** [...]. Um sistema codificado só pode realizar a redução, aqui descrita, das exigências de legitimação das decisões jurídicas, se for reconhecido que a norma codificada representa princípios jurídicos consentidos. A invocação da norma significa, então, simultaneamente, a invocação do princípio de que a norma é portadora. A norma transporta a regra de decisão do princípio jurídico para a decisão jurídica. (HASSEMER, 2013, p. 288, grifo nosso).

De maneira geral, pode-se identificar nas críticas ao neoconstitucionalismo a preocupação com relação ao aumento da discricionariedade do juiz e do controle do Judiciário sobre os demais Poderes, em especial o Legislativo. Tal controle, sob a justificativa de moralização do Direito, poderia limitar a atuação dos representantes democraticamente eleitos pelo povo para a criação de leis. A resposta para essa questão se deu, em Barroso e Alexy, pela ideia de que os integrantes do Poder Judiciário estão capacitados, por seu conhecimento específico, a se autodenominarem representantes *argumentativos* – independentemente do que isso signifique – dos cidadãos.

Dimoulis bem coloca a questão por trás da defesa da “principialização” do direito: da politização do judiciário. Para esse autor, o jusmoralismo “abdica do poder da crítica franca e direta, disfarçando-a de interpretação corretiva.” (DIMOULIS, 2006b, p. 202).

A insistência dos juristas pela “moralização do direito” e a instauração de “ordem de valores” poderia indicar a “a falta de vontade dos moralistas de concretizar suas intenções e críticas”, dando espaço à arbitrariedade (DIMOULIS, 2008, p. 98).

Por outro lado, a vinculação do juiz à lei “permite um prognóstico mais exacto do resultado da decisão”, isto é, torna seu comportamento um tanto mais previsível. Ainda, é possível dizer que a efetividade das normas jurídicas aumenta de acordo com “a precisão com que puderem ser previstas as consequências dos comportamentos”. Finalmente, “a vinculação do juiz a critérios de decisão (p. ex.: normas legais), que não adquirem a sua validade apenas com a decisão, é pressuposto da possibilidade de controlo da decisão.” (HASSEMER, 2013, p. 290-291).

No entanto, a mesma qualidade que permite que a lei tenha resultados previsíveis e seja válida – ao menos *formalmente* – para todos igualmente, isto é, a qualidade da estabilidade do direito tal como defendido por tal escola de pensamento jurídico, também enseja críticas. Evidentemente, por razão de seu *garantismo* contra arbitrariedades, o direito positivo é, em certa medida, *conservador*: ele almeja, sobretudo, a manutenção de um certo *status*; é, portanto, uma fotografia da sociedade em determinado tempo. Ainda, como afirma Bobbio, é possível entender ver um quê de absolutismo naquela doutrina, considerando-se que ela defende a centralidade do poder de emanar leis (BOBBIO, 1995).

Existem, no entanto, instrumentos que limitam o exercício desse poder concentrado de produção de leis. Um deles é a divisão, dentro do próprio seio do Estado, do poder em três, subdividindo-o nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, competentes para frear um ao outro e impedir um desequilíbrio que culminasse com o abuso de autoridade dos demais. Dessa forma, tanto aquele que governa, quanto o juiz e os legisladores, deve estar constantemente submetido às leis, evitando-se quaisquer tipos de despotismo por concentração de poder através de contrapesos, ou melhor, *contrapoderes*³⁶.

³⁶ “Os desenhos institucionais propostos pelo liberalismo objetivam evitar qualquer forma de “despotismo”. Esse regime, na realidade uma figura negativa do pensamento político, indica, em primeiro lugar, o risco de um absolutismo exercido pelo monarca ou pelo corpo legislativo como instância suprema de emissão de mandamentos. [...]. Argumenta-se que tal concentração levaria à sujeição dos indivíduos a regras correspondentes aos interesses de grupos socialmente fortes. Por essa razão, o liberalismo político considera a existência do Estado um “mal necessário”, e tenta diminuir sua força mediante a institucionalização das interações entre poderes e contrapoderes (“checks and

Sendo o direito uma ferramenta versátil, para que ele não seja arbitrário é preciso que o seu sistema seja politicamente situado em uma democracia representativa, na qual os cidadãos possam participar do processo de criação legislativa, alterando, conforme as necessidades, as leis. Em consonância com a democracia representativa ao molde liberal, “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.” (BOBBIO, 1995, p. 40).

Os juristas brasileiros incorporaram o discurso jusmoralista. Essa crescente referência a valores extrajurídicos, considerando-se a relevância democrática de um Judiciário com limites, causa a sensação de que há uma ausência de referência material – a lei – às decisões jurídicas. Some-se a isso o fato de estar-se, no Brasil, adotando instrumentos característicos da tradição jurídica anglo-saxônica que aumentam a discricionariedade dos juízes já que, no cenário onde prevalece o direito judicial, característico dos países de *common law*, “o juiz ‘pode’ desviar-se do direito jurisprudencial; não é, pois, determinado pelo precedente com o mesmo rigor formal do postulado da vinculação à lei.” (HASSEMER, 2013, p. 296).

Em concomitância com a ascensão de tal doutrina e a incorporação de práticas e teorias estrangeiras – ainda que de forma bastante *peculiar* – que ampliam a liberdade do Judiciário, cresce internacionalmente o fenômeno da mundialização da economia, ou melhor, da globalização do neoliberalismo e, juridicamente, uma progressiva adoção de procedimentos do *common law*. Nesse sentido, pergunta-se pelo contexto em que a defesa do neoconstitucionalismo, isto é, por uma teoria que flexibiliza o papel dos juízes, bem como pelas suas implicações, no âmbito prático.

balances”). O esquema tradicional da “balança de forças” ou do “governo misto” combina a ideia de moderação com a ideia do equilíbrio social, que poderia ser obtido graças a controles recíprocos.” (DIMOULIS, 2006a, p. 92).

4 O DIREITO E OS NOVOS MERCADORES: ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO MUNDO GLOBALIZADO

A comparação entre direitos permite àquele que pesquisa conhecer melhor tanto seu direito nacional como também os direitos estrangeiros, possibilitando, além disso, um melhor entendimento no nível das relações internacionais. Segundo David (2002), o direito comparado pode ser utilizado nas investigações relativas à história, à filosofia ou à teoria geral do direito, o que importa bastante para a abordagem deste trabalho. É através da comparação³⁷ entre as famílias da *civil law* e do *common law* que será possível observar se certas compreensões de direito podem estar entrando em decadência, bem como analisar as influências que cada uma delas exerce sobre a outra, considerando-se que tal estudo permite identificar os diferentes tipos de fontes do direito e seus métodos. Segundo esse autor, essa divisão entre “famílias do direito” é possível devido à análise da estrutura conceitual dos direitos e também da variação de importância conferida às diferentes fontes de direito. Este trabalho se volta, sobretudo, a esse último critério, mas é possível, ainda, segundo o autor, categorizar as famílias de acordo com o conteúdo, tipo de sociedade e importância social do direito em determinado sistema. David dá importância a três grandes grupos, quais sejam: a família romano-germânica, a família da *common law* e a família dos direitos socialistas. Para os fins desta dissertação, interessam os dois primeiros. Desta forma, procura-se compreender o que se passa no Brasil no que diz respeito à adoção de uma teoria e de uma prática judicial que se propõem a alterar, substancialmente, a herança jurídica do direito da tradição romanista ao adotar procedimentos do *common law*, levando-se em conta o peso do contexto econômico do neoliberalismo e jurídico-econômico da teoria do *Law and Economics* sobre as práticas e doutrinas nacionais.

³⁷ Segundo David (2002), a história da comparação entre direitos não é recente. Já na Grécia antiga Aristóteles promoveu o esforço de comparar as centenas de constituições das pólis gregas e bárbaras em seu Tratado sobre Política. Na Idade Média, se fazia a distinção entre o direito romano do direito canônico; na Inglaterra do século XVI também se promovia esse tipo de estudo, sendo a *common law* analisada em face do direito canônico. No entanto, foi somente no século XIX, com as codificações, o fim do *jus commune* e a expansão das relações de comércio, que o direito comparado passou a ser estudado com rigor metodológico nas universidades europeias.

4.1 O COMMON LAW

Historicamente, o desenvolvimento da *civil law* e do *common law* se deu de maneira bastante distinta, porém relativamente próxima, permitindo-se uma análise dos meios que o permitiram e dos embates de resistência de cada um deles.

Primeiramente, para se compreender o funcionamento do *common law*, é preciso lembrar que durante a Idade Média, antes dos anos 1000 d.c, conviviam na Inglaterra formas jurídicas diversas, como o direito germânico, romano e canônico, que ainda hoje se manifestam em alguns tópicos jurídicos ingleses (LOSANO, 2007, p. 324). A partir da unificação política da Grã-Bretanha por Guilherme I, em 1066, os direitos que até então vigoravam foram substituídos por um único, denominado *common law*, isto é o “direito comum”.

Da corte de Guilherme I surgiu uma classe de profissionais forenses, isto é, magistrados, que criaram propriamente o *Common Law*, um direito consuetudinário que, diz Losano (2007, p. 325), “não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes”.

Tal casta forense era, de fato, muito sólida e homogênea, principalmente por conta da socialização dos bacharéis nas carreiras jurídicas nos *Inns of Court*, que funcionam como instituições de iniciação e formação. Por conta dos *Inns of Court*, a classe de operadores de direito se tornou muito próxima, estabelecendo uma relação de continuidade entre os advogados e os juízes: os segundos eram escolhidos dentre os primeiros. Tal unidade de classe explica, e muito, a rejeição dos ingleses ao direito romano, tendo em vista que o “direito comum” era resultado de uma relação próxima entre os membros da classe forense, ou seja, era produto da socialização e especialização dos juristas no círculo da *curia regis* (LOSANO, 2007, p 327). Aos poucos, o que restava de direito romano e do direito canônico (até a Reforma Protestante) desapareceu.

A partir do século XII, com Henrique I e II, a *common law* e difundiu pelo território da Grã-Bretanha através dos *writs* (ordem escrita do rei) carregados pelos juízes itinerantes, os quais serviam como uma intimação permitida pelo rei para comparecimento em audiência. Foi no reinado de Henrique II, em 1154, que se criou o instituto do *stare decisis*, isto é, a regra de obediência aos precedentes. Desde então, e considerando as alterações propostas por Eduardo I no século XIII, que vieram a promover a formação de normas relativas a questões penais, contratuais, de responsabilidade civil e penal, as normas de *common law* sofreram poucas alterações (LOSANO, 2007).

Era possível, nesse sistema, recorrer a uma apelação endereçada ao rei contra as decisões dos tribunais. Tal apelação era decidida por um representante do rei, que julgava conforme normas mais morais do que propriamente jurídicas. Tal juízo se chamou de *equity* (LOSANO, 2007, p. 330), isto é, *juízo de equidade*, que viria a entrar em conflito com as regras da *Common Law* e seus *writs*. A fusão dos dois sistemas ocorreu através do *Judicature Act*, em 1873, que até 1907 se desenvolveu no sistema judiciário britânico atual (LOSANO, 2007, p. 332).

Tendo a Inglaterra se isolado dos processos revolucionários do continente europeu, ou melhor, passado incólume à Revolução Francesa, permaneceu alheia à teoria e à instituição da divisão dos três poderes, continuando o Parlamento com as funções políticas, judiciárias e administrativas, convertendo-se este em um “vértice jurídico”. “Nesse amálgama de formas judiciárias e parlamentares, encontra sua expressão mais plástica e característica fundamental do Common Law: a de ser um direito feito sobretudo pelos juízes.” (LOSANO, 2007, p. 333).

O sistema de precedente jurisprudencial se sobrepujou aos costumes no século XIV, mas os usos locais de “tempo imemoral” ainda permaneceram válidos como fonte de direito.

A lei, no sistema de *Common Law*, passou a ganhar maior importância a partir do século XIX. Não existindo divisão dos poderes, há um controle judicial sobre os assuntos de ordem legislativa e executiva através dos mesmos instrumentos com que se regulam as pessoas jurídicas.

O precedente jurisprudencial é a principal fonte de direito do *Common Law*. A incidência das leis escritas, isto é, da *Statute Law*, é mínima, uma vez que evitada pelos juízes.

Essa restrição leva o juiz inglês a aplicar apenas aquilo que está inequivocamente expresso no texto de lei, segundo uma técnica interpretativa que é bem diferente da utilizada na Europa continental. Consequentemente, também a técnica de redação das leis é diferente da europeia continental. Enquanto nesta última busca-se a expressão sintética, na qual o juiz possa subsumir o maior número de casos concretos, o órgão legislativo inglês deve especificar até nos mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular, sabendo bem que a falta de indicação de um caso em especial não será suprida pelo juiz mediante o recurso ao mais amplo *genus*

regulado pela mesma lei. O juiz, ao contrário, verá nesse silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes judiciais àquele caso concreto em especial. (LOSANO, 2007, p. 334).

Os precedentes funcionam como guia de casos semelhantes; são decisões de casos análogos que constituem um direito não codificado. Ao longo dos anos, formam-se certos princípios a partir dos precedentes aplicados; contudo, tal entendimento não se transforma em lei, não é fixado e sistematizado.

Ao decidir uma querela, o juiz deve averiguar a existência de casos análogos e justificar sua decisão (*ratio decidendi*) com base nos precedentes. Normalmente, existe um núcleo de sentenças bastante estável que guia a decisão os juizes, tornando o julgamento simplificado e se estabelecendo como um precedente declaratório, isto é, tradicional. No entanto, é comum que os juizes se deparem com casos em que não há precedentes (ou que se *diz* não haver precedentes, como insinua Losano (2007, p. 336)), caso em que se decidirá conforme os princípios gerais do direito (tendo em vista a já mencionada homogeneidade da classe forense), criando-se um precedente original, no qual se basearão as decisões futuras. “Dessa forma”, diz Losano (2007, p. 336, grifo nosso), **“um direito declaradamente conservador consegue adaptar-se a cada nova situação social e econômica”**.

A *common law* se fundamenta na decisão judicial, constituindo-se, assim, em um direito casuístico. Segundo David (2002), é a resolução de cada caso individualmente o que caracteriza melhor esse sistema jurídico, uma vez que a regra de direito do *common law* procura dar solução a um caso em particular, e não elaborar uma regra geral de conduta com vistas às ações futuras.

Não há, como no sistema de *civil law*, uma compilação abrangente de leis à qual o juiz possa se dirigir para fundamentar suas decisões. A fonte do direito são os precedentes, decisões judiciais anteriores de casos semelhantes. O que há de mais próximo à compilação de leis é a documentação, nos relatórios e anuários de jurisprudência, dos precedentes. No entanto, somente o juiz da causa é quem determina *se e quais* precedentes serão aplicados ao caso específico em julgamento, o que permite uma ampla discricionariedade no modo de funcionamento da justiça (UNIVERSITY OF CALIFORNIA, [s. d.]).

De maneira oposta ao direito da tradição romana, as decisões da *common law* estão sempre sob o risco da insegurança jurídica, uma vez que os precedentes são inúmeros. Eventualmente, alguns precedentes são compilados em forma de *codes*, que não são códigos, mas coletâneas de decisões.

Há, no entanto, a possibilidade de que se julgue contrariamente aos precedentes. Nos casos em que um tribunal superior considere *injusto* um precedente de tribunal inferior, cria-se uma decisão desvinculada da do caso análogo, que será *overruled*, isto é, substituída por uma nova decisão. Quando ocorre de um tribunal inferior considerar injusta a decisão de um tribunal superior, só é possível a desvinculação provando-se que os casos não são análogos (LOSANO, 2007, p. 338).

Há uma série de razões para que a recepção do Direito Romano não tenha ocorrido na Inglaterra. Para Grossi (2010), o evento que separou radicalmente as estruturas jurídicas europeias entre os sistemas de *common law* e *civil law* foi a Revolução Francesa. Se nos países influenciados pela Revolução houve um rompimento efetivo com relação às ideias medievais, especialmente quanto às novas compreensões jurídicas que alteraram fundamentalmente a organização do Estado e do Direito e permitiram a codificação (prevalecendo valores como impessoalidade, legalidade, etc.), nos países não continentais, como a Inglaterra, que passaram alheios às transformações revolucionárias, permaneceram as velhas estruturas jurídicas pré-modernas. Nestes países, não ocorreram codificações: permaneceu do medievo a desvinculação do direito ao Estado, persistindo a identificação da fonte da lei aos “técnicos competentes”, isto é, aos juristas. Os juízes, evidentemente, mantiveram seu *status quo* graças ao argumento de autoridade fundamentado na experiência técnica.

Apesar de ter havido, nas universidades inglesas, a tradição do ensino do direito romano-germânico, não existia qualquer formação, nesses espaços, de advogados e juízes, que era deixada a cargo das *Inns of Court*. A *civil law* necessitava, para se fazer valer, de um complexo acadêmico do qual a Inglaterra não dispunha, tanto quanto de um complexo prático, disponibilizado pelas cortes³⁸.

³⁸ “The civil law, as it was called then and now, was so academic that it had to be taught at university, unlike the practical English law that could be taught by practitioners at the Inns of Court. Some lawyers did, indeed, study civil law, most notably those going into service with the Church, those wishing to practice equity law, and those, like William Blackstone, pursuing an academic career.”(LUNDMARK, 2012, p. 35).

Além do mais, não havia, como na Europa continental, condições fáticas para a implementação de um direito *pronto*, uma vez que já predominava, em Londres, uma jurisdição centralizada pautada em um sólido “direito comum”. Na Inglaterra, diferentemente dos países europeus continentais, predominava um direito já bem definido e tradicional. Não era interessante àqueles que trabalhavam com o direito, que tinham à sua disposição um sistema jurídico bastante uniforme, a prometida unidade pela codificação aos moldes romanos³⁹. Também nesse sentido, o Direito Romano sempre foi visto como algo completamente alienígena ao direito tradicional inglês, inclusive tido como *perigoso*, já que o Parlamento associou a Recepção aos interesses papais e, nesse sentido, recusou qualquer dependência com relação à Igreja de Roma⁴⁰.

Apesar de terem existido tentativas de instauração de tal direito estrangeiro, como afirma Lundmarck (2012), a *Grundnorm*, compreendida pelos parlamentares como “a vontade do príncipe tem força de lei”, não causou bom efeito na elite política daquele país, a

³⁹ “English lawyers had at their disposal a highly developed system of law that was uniform throughout England, so that there was no need to impose uniformity by codification” (LUNDMARK, 2012, p. 35).

⁴⁰ “According to historians, there were a number of reasons why a Reception of Roman law did not take place in England. There had been a long tradition of teaching Roman law (and, up until the Reformation, canon law) at Oxford and Cambridge, but the universities were not responsible for educating lawyers and judges. This was the task of the inns of court. Of course, English law was highly developed owing to the early development of a central jurisdiction in London (in contrast to the European continent) and the system of common law (i.e., law of general application). Therefore, the conditions which led to the Reception of Roman law on the European continent did not exist in England. In addition, many highranking Englishmen were afraid that a Reception would entail a certain dependency on the pope, the Roman-Germanic empire, and an all-powerful ruler as the supreme law-making authority. By contrast, the common law had been developed by judges sympathetic to parliament and thereby perpetuated the class system.” (LUNDMARK, 2012, p. 146-147). Ainda: “Perhaps it should be noted at this point that, at least from an English point of view, continental European law after the Reception of Roman Law (Reception) was always considered to be separate and distinct from the English legal tradition, as well as being perceived as dangerous. History shows that the British Parliament continually rejected royal attempts to emulate the continental Reception of Roman law primarily by characterizing the Roman law as something completely foreign to English law. Roman law was closely affiliated with the Roman Catholic Church, and with the Pope.” (LUNDMARK, 2012, p. 35).

mesma elite que havia convencido o Rei João do contrário, isto é, dos limites do poder do rei, em 1215, com a assinatura da Magna Carta⁴¹. Como o rei dividia poder com o parlamento e com os juízes (não havia uma monarquia absolutista, diferentemente dos países que se codificariam), as leis nunca foram compreendidas como fonte exclusiva de direito, já que nem o parlamento nem o rei detinham pleno controle do judiciário. O *common law* não compartilhava daquelas qualidades de unicidade, estabilidade e completude da *civil law*⁴².

Ao contrário do que ocorreu nos países de tradição romanística, nos quais o direito próprio se sobrepôs ao direito comum, na Inglaterra prevaleceu o direito comum, mesmo quando, na modernidade, o sistema monárquico de governo se reforçou. O direito estatutário, produzido pelo rei e pelo parlamento, permaneceu válido apenas na medida em que não entrou em conflito o direito da *common law*. A monarquia inglesa nunca deteve um poder ilimitado, como as monarquias absolutistas continentais, porque na Inglaterra a separação dos poderes já se aplicava e porque “tal país é a pátria do liberalismo”, a doutrina dos limites

⁴¹ “Roman law contained a dangerous and foreign Grundnorm: “The will of the prince has the force of law.” This did not sit well with most of the powerful men in the realm, among them the barons who had convinced King John to the contrary in 1215 and insisted that he reduce the official limits on his power to writing in the Magna Carta. Nevertheless, most lawyers were hostile to the foreign civil law. In contrast to their European counterparts, English lawyers had at their disposal a highly developed system of law that was uniform throughout England, so that there was no need to impose uniformity by codification.” (LUNDMARK, 2012, p. 35).

⁴² “In Sweden and in England and Wales, there was no Reception of Roman law, and the kings never enjoyed the power of absolutist monarchs because the king shared power with a more or less independent parliament and with a judiciary which as often as not sided with parliament in confrontations with the king. For century after century in England and Wales, parliament concerned itself with taxes and security, while the king’s judges developed their common law within the confines of the prescribed forms of action. Statutes were never understood to be an exclusive source of law, as neither parliament nor the king ever asserted perfect control over the judiciary. Statutes were not understood as being complete except in those areas in which parliament, sometimes via subsidiary legislation, had dictated detailed rules for how the judges ought to resolve cases that come before them. To this day, the only legislation considered to be of an enduring nature is that of constitutional stature. As a result, the dominant view in England and Wales holds that the common law has been sometimes displaced and at other times augmented by statute law, yet the common law continues to operate in the background.”(LUNDMARK, 2012, p. 416).

jurídicos do poder do Estado. (BOBBIO, 1995, p. 33). Neste cenário, também um direito codificado e impessoal parecia inútil.

4.2 A CIVIL LAW

Contudo, para aqueles países como a então fragmentada Alemanha, a codificação representava a unicidade da fonte de lei, a completude que independe dos juízes e uma estabilidade das leis que findaria com as constantes revisões. A codificação tomaria o lugar da *judge-made law*, isto é, da lei criada pelos juízes⁴³. Trata-se, portanto, de um sistema jurídico fundamentado em leis escritas e codificadas, as quais estabelecem previamente, de maneira genérica, os casos particulares.

Historicamente, o descobrimento do *Corpus Iuris Civilis* do Império Justiniano, em 1070, promoveu a recepção, na Europa, do Direito Romano – o qual, em termos seculares, serviu como uma espécie de Bíblia para os operadores do direito – tendo crescido continuamente a partir do século XI, em uma época que conhecia apenas a dissolução da autoridade central, da lei e da jurisdição⁴⁴. A recepção ocorreu principalmente por intermédio das universidades, tais como as de

⁴³ “Codifications are understood to be exclusive, complete, and enduring (ausschließlich, vollständig und dauerhaft). Codifications are exclusive in that they are the only proper source of law, they are complete in that they need not be extended by judges, and they are enduring, meaning that they do not need constant judicial reinvention or even legislative amendment. Codifications are understood as displacing and superseding any judge-made law on the subject.” (LUNDMARK, 2012, p. 416).

⁴⁴ “The rediscovery in 1070 of the *Corpus iuris civilis* of the Roman Emperor Justinian, which consisted of a collection of Roman law and the systematic arrangement of documents from the classical period of Roman law dating from approximately 100 BC, formed the textual basis for the Reception of Roman Law (Reception) in Germany. In the secular world, these texts in time enjoyed a status comparable to that of the Bible in the religious world. The influence of Roman law on German law and legal practice grew from the 11th century onwards. The influence was very great, far greater than Roman law’s influence in England and Sweden. There are many reasons for the relatively strong influence of Roman law in Germany. On the one hand, the Reception was facilitated by the dissolution of the ruler’s central authority and increasing fragmentation of law and jurisdictions between the German states. Historically, the absence of a uniform German law meant that the Reception was akin to the importation of a ready-made, uniform legal system which was lacking among the numerous German principalities.” (LUNDMARK, 2012, p. 295).

Modena e de Bologna⁴⁵, e do treinamento dos advogados em latim, em um cenário de pluralidade linguística onde não havia uma única língua comum para uso jurídico⁴⁶.

A recepção do *Corpus Iuris*, ao servir como modelo à codificação dos direitos particulares dos Estados continentais, influenciou diretamente, desde esses remotos tempos – tanto materialmente quanto formalmente – o movimento pela codificação que viria a acontecer séculos depois⁴⁷.

Segundo Mousourakis (2015, p. vii), a história do Direito Romano é dividida em duas fases: a primeira dela levou aproximadamente mil anos e compreendeu a criação e ampliação do Império Romano (quando prevalecia um direito jurisprudencial tradicional em detrimento de um direito legislado) até a codificação de Justiniano, no século VI, que compilou e “codificou” as normas de direito romano que seriam transmitidas à modernidade.

Após o *Corpus Iuris* de Justiniano, começou a segunda fase do direito romano, pela qual vem a alcançar grande importância no século XI, com seu redescobrimto na Europa ocidental. Tal fase se inicia com os estudos e a aplicação do Código Justiniano, devidamente adaptado aos novos tempos pelos juristas medievais.

A partir do século XV, com a formação dos Estados nacionais e a centralização das políticas administrativas, iniciaram-se as condições

⁴⁵ “Beginning in the 12th century, Germans became accustomed to traveling to Italy to study Roman law, mainly at the legal schools in Bologna and Modena. The education offered by these institutions was considered vital; for many years, there were no universities in Germany and those universities that were eventually founded were poorly equipped. Scholars returned to Germany as well educated and highly regarded lawyers, and the knowledge they had acquired contributed to the creation of a German legal system.” (LUNDMARK, 2012, p. 142).

⁴⁶ “The Reception of Roman Law (Reception), which is discussed in the chapter on statutes, brought with it the establishment of universities and the training of lawyers in legal Latin. Facilitated by the fact that there was no common German language, Latin remained the language of the written law for centuries.” (LUNDMARK, 2012, p. 53-54).

⁴⁷ “Admittedly, the systematization of the *Corpus iuris* was relatively weak, especially compared to modern codifications; but Roman law could claim to regulate private law in its entirety (see chapter on comparative jurisprudence). This was also the aim of the later legal codes and so Roman law was influential for the later codification movements. When the European territorial states started to codify their private law, the *Corpus iuriscivilis* was used as a model.” (LUNDMARK, 2012, p. 295).

para as codificações vindouras do século XVIII, quando os novos códigos puseram abaixo aquela amálgama de direitos romano, costumeiro e canônico do *ius commune*⁴⁸. Permaneceram, no entanto, diversos elementos característicos do sistema de direito romano, que foram incorporados de diversas maneiras e em vários graus nos novos sistemas de direito da Europa Continental⁴⁹.

Esse novo direito se apoiava no uso de termos abstratos e de conceitos jurídicos trabalhados para sua especificidade jurídica. As normas, em busca de centralização, procuravam abranger o maior número de situações possíveis: não eram tão gerais que não pudessem ser aplicadas, mas nem tão particulares que se referissem a um único caso em particular. Eram gerais o suficiente para serem aplicadas em diversas situações. Nesse sentido, em razão de tal generalidade das normas, a interpretação jurídica nessa tradição é, basicamente, *dedutiva*: parte-se de uma norma expressada em termos gerais para a consideração dos fatos do caso particular para chegar-se a uma decisão (MOUSOURAKIS, 2015, p. 302).

Por meio desse sistema dedutivo, todo tipo de problemática deveria ser respondida através da interpretação das normas legais já existentes: a lei é “achada” (e não “produzida”) no caso particular (MOUSOURAKIS, 2015, p. 303).

Considerando-se que a *civil law* procura prever uma certa quantidade de atos que possam ser compreendidos como ilegais, seu sistema costuma, nesse sentido, possuir um número grande de leis positivadas quando em comparação ao sistema de *common law*, tendo em vista que os intérpretes do direito codificado devem sempre observar as leis ao julgarem um caso concreto.

⁴⁸ “Os juristas medievais, na sua ingênua e ilimitada admiração pelo direito romano, o direito romano como uma espécie de direito natural” (BOBBIO, 1995, p. 31). Ele se difundiu pela Europa continental sob o nome de *jus commune*, ou seja, um direito comum, universal, válido para todos os povos, já que considerado a expressão da própria razão. A sociedade medieval era uma sociedade pluralista. Cada grupo social tinha seu próprio direito (direito feudal, direito das corporações, direito das comunas ou civitates, direito dos reinos, etc.). O direito comum surgia, assim para unir os povos sob um mesmo direito, ao qual todos eles eram inferiores.

⁴⁹ “But as the drafters of the codes greatly relied on the Roman system, elements of Roman law were incorporated in different ways and to varying degrees into the legal systems of Continental Europe. Moreover, through the process of legal borrowing or transplanting these legal elements permeated the legal systems of many countries around the world.” (MOUSOURAKIS, 2015, p. viii).

A *civil law* ganhou legitimação com o advento do Estado Liberal que, respaldado historicamente pela Revolução Francesa, pôs fim ao absolutismo e gerou condições para o que se chamaria de constitucionalismo. Segundo Hespanha (2005), a Revolução Francesa, em conjunto com a Revolução Americana e Inglesa, marcou a queda do absolutismo que, com Napoleão, atingiu seu ápice no movimento pela codificação, que afirmaria a estatalidade, a unicidade, a positivação e a racionalização do Direito.

A validade da norma jurídica, a partir da codificação, passa a depender unicamente de sua legalidade, de sua conformidade com os mecanismos processuais oficiais do poder público, e não simplesmente de sua aceitação das comunidades de indivíduos, como ocorria nas formas pré-modernas e pré-capitalistas, nas quais dominava a legitimidade tradicional e carismática do direito (HESPANHA, 2005). Na tradição civilista, é o código que rege todas as relações jurídicas possíveis de serem apresentadas perante um tribunal e estabelece, inclusive, um procedimento judicial (UNIVERSITY OF CALIFORNIA, [s. d.]).

Nesse sistema, o papel do juiz está relativamente mais limitado pela legislação, cabendo ao magistrado atuar dentro de uma moldura legislativa cada vez mais bem definida, distanciando-se, em termos de liberdade, do juiz do sistema de *common law*.

Para Hassemer, uma das principais funções da codificação é a de vincular o juiz, uma vez que ela prescreve as normas que devem ser utilizadas para decidir os casos. Levando-se isso em consideração, é evidente que a codificação gera um profundo impacto na atividade dos juízes (HASSEMER, 2013, p. 282).

Historicamente, a codificação de grandes áreas do direito, como direito civil, direito comercial, direito penal, direito processual, etc., pôs fim a um longo período de fragmentação do direito. Ela proporcionou a possibilidade de uma jurisprudência segura. A codificação promoveu um nível de segurança jurídica como nunca visto antes: por um lado, proporcionou que o comportamento dos tribunais se tornasse um tanto mais previsível, dando acesso aos destinatários ao direito por meio de livros nos quais se estabeleciam os direitos e os deveres, possibilitando a ideia da jurisprudência futura (HASSEMER, 2013, p. 285). No âmbito dos tribunais, a codificação significou a viabilidade da correção das decisões dos tribunais, que puderam ser controlados com a referência da lei, de forma mais precisa: “A codificação, então, permitiu: assegurar a posição jurídica dos cidadãos; esclarecer a elaboração e da motivação da

sentença judicial; e a organização da jurisprudência.” (HASSEMER, 2013, p. 286)

No mundo globalizado, parece haver uma inclinação cada vez maior dos sistemas inseridos na tradição romano-germânica em ceder espaço para os instrumentos da tradição do direito anglo-saxônico. No Brasil, a situação não parece ser diferente.

4.3 BRASIL A PASSOS LARGOS PARA A *COMMON LAW*?

Segundo David (2002), ainda que a *common law* conserve hoje a sua estrutura mantendo-se diferente da estrutura do direito romano-germânico, o papel desempenhado pela lei tem aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se.

Losano aponta no mesmo sentido ao dizer que há, nos sistemas de *common law*, um movimento que tende para a consolidação dos direitos, enquanto que, na *civil law*, ocorre o inverso: ganha valor a *judge-made law*.

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o Common Law está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro “judge-made law”, **enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law.** (LOSANO, 2007, p. 345, grifo nosso).

Para Teori Zavascki, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*” (CANÁRIO, 2015). Na opinião dele, cada vez mais a estrutura da jurisdição constitucional brasileira se constrói em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica.

Na opinião de Zavascki, com o aumento do que ele chamou de “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o Direito brasileiro tem valorizado cada vez mais os precedentes judiciais, não mais apenas através da jurisdição, mas também pela legislação (CANÁRIO, 2015). Da mesma forma, Marinoni (2015) defende que, em um sistema que se depara com a realidade de que a lei é interpretada de diversos modos,

não haveria outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica senão a adoção do sistema de precedentes.

Tal processo – levando-se em consideração algumas ressalvas – já se aponta como bastante visível no Brasil, como se verá. Um dos indicativos de tal alteração é dado pela adoção do sistema de precedentes, tão característico ao *common law*, pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Segundo notícia publicada no *site* do Supremo Tribunal de Justiça, uma das novidades mais importantes no novo Código de Processo Civil é o protagonismo dado à conciliação. Os tribunais terão de criar centros específicos para a realização de audiências de conciliação, que passam a ter destaque no início do processo.

O Novo Código de Processo Civil dá legitimidade aos acordos, isto é, possibilita a criação de um *direito privado* entre as partes do processo, de um certo *negócio processual* (JUNIOR, 2015). Traz o Novo CPC em seu art. 190 que

versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015).

A contratação de mediadores e conciliadores está prevista na nova lei. Também em nome da celeridade, o novo código disciplina, em seu art. 334, que o procedimento da audiência poderá ser realizado eletronicamente. Por fim, importa notar que todo juiz será obrigado, antes de julgar o processo, a tentar uma conciliação entre as partes, isto é, a adoção de mediação e conciliação como instrumentos de autocomposição.

Segundo Donizetti (2015), está claro que o sistema de precedentes judiciais, tão determinantes no sistema de *common law*, está sendo adotado pelo sistema jurídico brasileiro, em especial pela legislação processual civil, sob a justificativa de se garantir maior segurança jurídica e celeridade ao processo.

Como visto, os países adeptos da *civil law* estruturam seus sistemas jurídicos a partir da ideia de que as decisões jurídicas sejam baseadas em um direito escrito, isto é, positivado. Assim, ao juiz, nessa tradição, atribui-se uma função limitada pela norma jurídica escrita. O

juiz, nesse caso, não possuiria poderes discricionários para além do que a moldura da norma escrita permitiria (KELSEN, 2009).

No presente contexto brasileiro, a adoção de um sistema de precedentes parece, em conjunto com a difusão da doutrina do neoconstitucionalismo, afetar os limites dessa moldura estabelecida até então pelo sistema jurídico brasileiro.

Até então, os sistemas de *common law* e *civil law* se distinguiam fundamentalmente em razão das fontes do Direito. Atualmente, tal distinção se dilui pela adoção, por parte de ambas as famílias, de institutos estranhos. Se, na *civil law*, costumava-se dizer que as decisões se fundamentam em leis e no sistema anglo-saxão os juízes se amparam nos precedentes, hoje este cenário se torna instável (MARINONI, 2015).

De acordo com as correntes que indicam a necessidade de uma adaptação do Direito “aos novos tempos”, tempos em que as regras já não se fazem mais através da unidade, mas da pluralidade de princípios e da própria eficiência do judiciário em harmonia com as exigências de mercado, pode-se dizer que a *civil law* cede cada vez mais espaço aos institutos jurídicos dos sistemas estrangeiros, como bem indicam as alterações promovidas pelo NCPC.

Contudo, divergem Streck e Abboud (2016), a simples adoção dos precedentes pelo novo código de Processo Civil não é suficiente para que se afirme que estamos em transição sistemática da *civil law* para o *common law*, tendo em vista que, para o autor, um sistema é ideia de um todo coerente e harmônico de normas”, o que não permitiria afirmar a alteração do todo, “Afinal, se estamos falando de um sistema de precedentes, este não pode se limitar a apenas um segmento do ordenamento jurídico.”

Segundo esse autor, aqueles que defendem a ideia da aplicação do sistema de precedentes acreditam ser possível resolver o problema de insegurança jurídica e da superinflação de processos por meio da criação de vinculação decisória, ou melhor, um *stare decisis* brasileiro, promovendo, assim, uma “interpretação-da-Constituição-a-luz-do-novo-CPC”. No entanto, um sistema como o de *common law*, baseado nos precedentes, não surge a partir de uma simples promulgação da lei, uma vez que há uma grande complexidade inerente ao original sistema de precedentes que não se compara aos instrumentos do artigo 927 do NCPC.

Para Streck e Abboud (2016), tais instrumentos criam decisões judiciais vinculantes que visam simplificar, isto é, reduzir a complexidade judicial para resolver o problema do grande número de processos com mesmo objeto de litígio no Brasil, ao contrário do

sistema autêntico de precedentes da *common law*, que não simplifica, mas complexifica os problemas jurídicos, como fica claro pelo conceito de *romance em cadeia* de Dworkin (2001). Desta forma, Streck defende que o novo texto do CPC seja compreendido como redutor de complexidade, e não *common law*.

Falta, para o autor, a *essência* própria ao funcionamento desse sistema para tornar aquilo que vem sendo chamado de precedente um *precedente*.

Ora, o precedente genuíno no common law nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente. (STRECK; ABOUD, 2016).

Explica que, se antes se acreditava na completude da lei, hoje se acredita na plenitude das decisões dos tribunais superiores, afastando-se a centralidade legislativa constitucional do âmbito das decisões. Segundo Streck, tais tribunais decidem, não raramente, em desacordo com a lei, quando deixam de realizar controle de constitucionalidade e quando ignoram arbitrariamente o texto constitucional. O direito, para os juízes, é aquilo que o judiciário diz que é, em uma espécie de realismo jurídico revisitado, que substitui o direito posto (a Constituição Federal e as leis) por teses jurídicas (STRECK, 2016d).

O ministro Edson Fachin, no RE 655.265, “decretou” que já vivemos, com o novo CPC, no *common law*, porque adotamos o *stare decisis* (STRECK, 2016d). Doutrinadores como Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart (2015 *apud* STRECK, 2016e), entre outras coisas, dizem que:

No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente.

O que vincula e legitima, nesse caso, o precedente, é a própria autoridade do magistrado, e não a qualidade, a tradicionalidade ou a democraticidade das suas razões. O *stare decisis* à brasileira já nasce para vincular, ao invés de vincular contingencialmente, como no *common law*. Além disso, no *common law* os precedentes não são se constituem de teses voltadas para a vinculação de julgamentos futuros, como se pretende no Brasil (STRECK, 2016d).

Em vez de interpretação de lei, como na tradicionalidade da *civil law*, e de casos particulares, como no *common law*, o novo sistema anunciado no Brasil será antes pautado na defesa de teses produzidas pelos tribunais, apoiadas sobre um eficientismo ou utilitarismo do direito que visa resolver problemas numéricos-quantitativos que faz Streck afirmar que “A utilidade está acima da Constituição”. A constitucionalidade, para os que defendem o “commonismo” e o “ponderativismo”, perde espaço para a efetividade e funcionalidade (STRECK, 2016d).

Nesse cenário de urgência, ao STF e ao STJ se permite que fixem teses que se serão tomadas como se fossem precedentes. Porém, pergunta-se até que ponto o argumento do problema relativo à interpretação realmente faz a diferença, ou melhor, *realmente é o ponto da questão*, para a defesa do sistema de teses em detrimento da aplicação da lei, afinal:

Por que é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)? Também não está explicado porque o precedente é/seria melhor do que a lei. Afinal, o que muda da lei para o precedente? Precedente não é texto? Ou precedente é um texto pré-interpretado? Ele já contém previamente as hipóteses de aplicação? (STRECK, 2016b).

Assiste-se, diante da equiparação do direito às teses enunciadas pelos juízes, à aplicação senão de um realismo jurídico. Para Streck, tudo indica que **“as teses precedentalistas não constituem teoria do direito e, sim, apenas teoria política”**, em uma tentativa de reorganização dos poderes institucionais que passa pela questão de *quem* deve decidir, isto é, quem é o soberano. Obviamente, *como* se deve decidir está fora de pauta: “É uma tese normativa de teoria política acerca de quem deve decidir e porque essas decisões valem por sua

autoridade e não pelo seu conteúdo” (STRECK, 2016b), em uma tentativa de oficializar um “realismo jurídico à brasileira” que coloca em risco o próprio Estado do Direito brasileiro e seu “princípio da legalidade” (conforme o artigo 5º, II, da Constituição Federal).

Pergunta Streck (2016e): “Estaria o novo Código de Processo Civil e quiçá a própria doutrina processual modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição?”.

Existe, inegavelmente, tanto por parte da doutrina nacional quanto de declarações oficiais – e nem tanto oficiais assim –, uma tentativa tornar vinculantes, tal como os precedentes à *common law*, as decisões dos Tribunais Superiores. Nesse estado de coisas, as decisões desses tribunais devem ser seguidas, obrigatoriamente, pelos tribunais inferiores, ainda que elas estejam em desconformidade à lei e ao texto constitucional.

Ademais, dá-se mais relevância à “violação” do precedente – que eventualmente poderia estar errado, sem que, com isso, viesse a perder sua força vinculante – do que à lei. Dito de outro modo, mais vale um precedente “obrigatório” que a própria lei! E isso porque, conforme prega Mitidiero, “a diferença entre a legislação e a jurisdição está em que o legislador propõe enunciados linguísticos sem a necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir sentidos normativos mediante justificação”, o que daria aos precedentes um valor maior que a lei. (STRECK, 2016e).

No entanto, parece haver uma grande confusão na doutrina quanto à própria obrigatoriedade dos “precedentes”. Segundo Marinoni (2015), diferentemente do *common law*, na *civil law* o precedente apenas *orienta* a interpretação da lei, ou seja, não *obriga* o julgador a adotar o mesmo fundamento de decisão anteriormente proferida. Somente a súmula vinculante obrigaria o juiz a seguir o precedente.

Segundo Donizetti, é essa ausência de vinculação obrigatória aos precedentes judiciais que torna a questão problemática no Brasil, uma vez que “a igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são necessárias à própria estabilidade do Direito”, já que na “distribuição da justiça é deveras absurdo admitir que situações

juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal” (DONIZETTI, 2015).

O NCPC promete garantir uma maior efetividade aos princípios constitucionais e assegurar que os processos judiciais serão mais simples e céleres. Conforme o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Paulo de Tarso Sanseverino, a nova lei está criando uma nova cultura processual no Brasil que valoriza os precedentes judiciais, em nome de mais segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei (VALORIZAÇÃO, 2016).

Tudo indica que a *civil law* passa, atualmente, por uma espécie de descaracterização em prol da “modernização” (ou *neofeudalização*?) do Direito.

Resta saber, como bem advertiu Donizetti, se o sistema de precedentes pode de fato garantir tal segurança que tanto prega. Em um primeiro momento, abre-se mão visivelmente do referencial geral da lei escrita, positivada, enquanto direcionamento para as decisões dos juízes dos tribunais superiores. O que pode garantir que, ao se sair da lei *erga omnes* para um sistema cada vez mais casuístico, o Poder Judiciário possa “preservar a liberdade perante a lei”? Note-se, a título de exemplo, a figura do *overruling*.

A doutrina brasileira, inspirada pela norte-americana, propõe desde o início a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Tal técnica é chamada de *overruling*, que nada mais é do que a revogação de um entendimento paradigmático consubstanciado no precedente (DONIZETTI, 2015).

A fim de explicar o *overruling*, Donizetti (2015) afirma que a atividade interpretativa do julgador pode não encontrar fundamento unicamente na lei: ela tende a se modificar ao longo dos anos com a alteração da sociedade. Para os defensores do *overruling*, a superação de conceitos jurídicos e de tecnologias, bem como a modificação de *princípios sociais* permite a reinterpretação da lei, no intento de mantê-la atualizada, isto é, que tenha seu sentido constantemente alterado conforme a necessidade de cada caso.

O discurso em nome da adoção do sistema de precedentes, embora alegue sua existência em nome de segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, parece evitar quaisquer amarras dos órgãos jurisdicionais a um referencial estável de resolução de conflitos jurídicos, na medida em que despreza os limites legais em nome de certos princípios que, no fim, se resumem apenas à autoridade de quem a emana, ou melhor, estão condicionados *ao que o juiz comeu no café da manhã*.

Vê-se, assim, que a adoção do “sistema de precedentes”, original à *common law*, em nome de certa “segurança jurídica”, coloca em risco o Estado Democrático de Direito na medida em que submete à modificação uma lei que somente poderia ser alterada por meio de um processo democrático legislativo. Abre-se caminho, por meio de uma ampla margem de interpretação e criação permitida pelos precedentes, para uma principiologia que coloca em risco o que há ainda de garantia jurídica.

O crescimento, na doutrina e nas práticas jurídicas, ao apelo aos princípios constitucionais, é favorecido por uma corrente de pensamento que só faz crescer desde a segunda metade do século passado que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. É preciso, portanto, atentar à problemática da ascensão dessa corrente e suas implicações no campo prático da adoção de instrumentos aparentemente pertencentes à *common law* pelo judiciário brasileiro, observando, em duas vias, primeiramente, o contexto jurídico-econômico que permite o sucesso da doutrina e, em um segundo momento, a corrente jurídica internacionalmente dominante que atua em consonância com as práticas desse sistema econômico, a *Law and Economics*.

4.4 PARADIGMAS ECONÔMICOS, PARADIGMAS DE DIREITO

Pensar os contextos político e econômico em que estão inseridas as novas doutrinas é fundamental para compreender seu modo de inserção, sua função e seus impactos transformadores sobre a realidade social.

As transformações pelas quais o Direito atravessa são, normalmente, consequências de uma exigência de acompanhamento das alterações de paradigmas econômicos. A obra de José Eduardo Faria deixa em evidência que as mudanças econômicas estão sempre acompanhadas por mudanças jurídicas. De acordo com o autor, as alterações de paradigma na forma de compreender o direito são inseparáveis das épocas econômicas da humanidade.

Para ilustrar essa ideia, basta visualizar as transformações históricas que marcaram profundamente os séculos XIX e XX, conforme os exemplos de Faria.

O modelo de democracia representativa, por exemplo, característica do Estado liberal clássico, defendeu um projeto constitucionalista que serviu para enfrentar a crise socioeconômica do século XIX. O constitucionalismo propunha segurança e estabilidade jurídicas em um período de profundas transformações sociais, no qual

ascendiam os interesses da burguesia e entrava em franco declínio a aristocracia. Conforme Faria (1995, p. 6), “uma emergente burguesia mercantil cada vez mais exigia dispositivos formais capazes de estabelecer equilíbrios duradouros entre o poder do Estado e a liberdade dos cidadãos”.

O constitucionalismo surgiu em decorrência de, principalmente, duas revoluções: a americana, que resultou na independência dos Estados Unidos e na promulgação da primeira constituição, em 1776, e da francesa, que culminou na constituição de 1789. Ao identificar Direito e Estado, o constitucionalismo serviu de suporte teórico para a consolidação do Estado Democrático de Direito moderno. O ordenamento desse Estado Liberal, segundo Faria, se consolidou por meio de um entendimento de poder público no qual “se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político partidário e o plano administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo.” (FARIA, 1996, p. 6).

Na primeira metade do século XX, com a crise do capitalismo marcada pela Grande Depressão, o Poder Executivo passa a assumir a frente do controle estatal, uma vez que o mercado, incapaz de se autorregular, demandava intervenção que direcionasse a economia para o crescimento. O Estado liberal, antes um tanto distante dos assuntos do mercado, passou a intervir, transformando-se, assim, em Estado Providência (FARIA, 2006, p. 7).

O Estado Providência, ou de Bem-Estar Social, cujo apogeu se deu nas décadas de 50 e 60, assumiu a função de reerguer a economia e garantir assistência social à classe trabalhadora. O judiciário passou a ser compreendido como “uma técnica de gestão e regulação da sociedade”, alterando o *status* do Estado de mero “organizador” para “regulador” direto dos campos econômico e social (FARIA, 2006, p. 7).

A partir da década de 70, com os dois choques do petróleo nos anos de 73 e 79, anunciou-se uma nova crise do sistema financeiro que desestabilizou a social-democracia do pós-guerra. Gerou-se uma grande recessão econômica que viria a redefinir o *modus operandi* do judiciário. Novamente em crise, os mercados entraram em recessão e procuram por meios de produção mais baratos, dando fim às garantias do Estado de Bem-Estar Social. Mais uma vez, o direito precisava flexibilizar o equilíbrio entre os Poderes e as formalidades garantidas pelo constitucionalismo do Estado Liberal clássico. A tradicional divisão dos poderes e o próprio constitucionalismo foram afetados pelas novas demandas jurídicas, demandantes de uma produção “desordenada

de textos legais” que poria fim na concepção liberal de Direito como sistema fechado e hierarquizado. Ascendia, em contrapartida, um Direito de “rede”, isto é, de “múltiplas cadeias normativas” e “micro-sistemas legais”, “com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica.” (FARIA, 2006, p. 8).

Enquanto a concepção do sistema jurídico forjada pelo Estado Liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de “rede” se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais. (FARIA, 2006, p. 8).

Prioridades foram estabelecidas, e o Direito as confirmaria:

Fruto de uma economia em fase de globalização, de uma sociedade cada vez mais diferenciada e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e por vezes até mesmo contraditórias, esse novo sistema normativo cresceu e se consolidou a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A distinção entre interesses privados e interesses comuns e coletivos, fundamental para a antiga engenharia jurídico-política liberal-burguesa, já não é mais então capaz de ocultar que, na maioria das vezes, a tutela legal de alguns interesses é flagrantemente conflitante com a proteção de outros. (FARIA, 2006, p. 8).

Nos anos 80, com a expansão da globalização econômica, as estruturas jurídicas relativas aos Estados Liberal e Social finalmente se romperam. Primeiramente, a mundialização da economia estilhaçou as velhas divisões geográficas baseadas na territorialidade e colocou em xeque as políticas monetárias, tributárias e de câmbio dos Estados, envolvidos crescentemente em grandes blocos econômicos que internacionalizam o que antes era essencialmente nacional. A legislação social e as políticas do Estado, tão comuns ao Estado Social, findaram com a privatização das empresas públicas e o fim da legislação social,

profundamente influenciados pela flexibilização de direitos trabalhistas. Vigoraria uma nova lei, paralela ao Estado, fruto não de procedimentos previstos, mas de negociações empresariais estabelecidas contingencialmente por multinacionais (FARIA, 2006, p. 10-11).

Roth (2006), diante dessa conjuntura, aponta para o declínio não só do Estado de Bem-Estar, mas do próprio Estado Moderno como um todo. Segundo esse autor, a modernidade conheceu apenas dois tipos de Estado: o liberal e o providencial. A fase presente se distinguiria pela “deslegitimação da regulação social estatal (a crise do Estado)” (ROTH, 2006, p. 20). Observa-se, enquanto decreta-se a deslegitimação do direito nacional, o empoderamento de instâncias internacionais legisladoras, a exemplo da ONU e da União Européia.

A consequência dessa evolução na técnica jurídica é uma maior flexibilidade do anterior caráter autoritário do direito e de sua dispersão em vários níveis de formulação. O direito nacional adquire de maneira ampliada a forma do direito internacional. A legislação nacional perde seu caráter detalhista para limitar-se a um direito mais geral e flexível [...], suscetível de engendrar uma particularização e uma privatização de regulação jurídica. (ROTH, 2006, p. 21).

Para Roth, o Estado moderno, tal como é descrito, está com os dias contados: em tempos de globalização econômica, o caráter das relações jurídicas desloca-se para o que o autor chama de *neofeudalismo*. As conquistas da modernidade caem por terra: assiste-se ao fim da distinção entre direito público e direito privado, a crescente associação entre poder político e poder econômico e a fusão entre as funções administrativas e políticas (ROTH, 2006, p. 24).

Levando em conta tais considerações, é possível afirmar que as alterações de paradigma de Estado e Direito são inseparáveis das alterações de mercado. Conforme o texto *Reforma constitucional em período de globalização econômica*, de Faria, percebe-se que, no século XX, as mudanças de paradigma de Estado Liberal, Estado de Bem-Estar e Estado Neoliberal causam diversos efeitos sobre a ordem jurídica do mundo. Se no Estado Liberal clássico se destacava a lógica formal da Constituição, pautada nos princípios de constitucionalidade, legalidade, hierarquia das leis e segurança jurídica, com a quebra da bolsa de valores dos Estados Unidos em 1929 e a consequente emergência do Estado de Bem-Estar Social, o Direito passa a se flexibilizar para atender às

novas demandas sociais em constante transformação, inclusive através da concessão ao Executivo do poder de legislar. O Estado assume novas funções, no intuito de estabelecer um bem-estar social em época de crise financeira, se transformando em um vetor de justiça social, regulando a rédeas curtas a economia.

A partir de então, a progressiva flexibilização do direito, em consonância com a queda do constitucionalismo formal liberal, fica em evidência. Os antigos pilares do Estado moderno (a soberania do Estado nacional, a centralidade da fonte de produção de normas e a territorialidade) passam a entrar em conflito com as novas exigências do mercado, que se internacionaliza em busca de mais consumidores e de produção mais barata. O Estado nacional perde sua autonomia, compartilhando a produção do direito de acordo com as demandas das empresas multinacionais, em um fluxo ininterrupto de influências das normas internacionais no contexto nacional e vice-versa.

Deste modo, o direito positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas *erga omnes*, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre direito público e privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais (o que liquida com a unidade conceitual de toda uma cultura legal privatística) e acaba sendo obrigado a responder às exigências de natureza “social” – proteção trabalhista, seguridade previdenciária, reajuste salarial, etc. – apenas de forma meramente circunstancial, **casuística e ad hoc**, ou seja, ao sabor da capacidade de pressão e mobilização deste ou daquele sindicato ou movimento comunitário. (FARIA, 1995, p. 26, grifo nosso).

As decisões econômicas se confundem com as decisões de direito. Essas já não se dão mais sob o âmbito do controle estatal. Ainda que, formalmente, os Estados exerçam sua soberania, na prática ficam impedidos de decidirem, já que estão subordinados às variações das condições de mercado. Regulando como nunca antes, vigora, impassível, a *lex mercatoria*: cortam-se direitos trabalhistas, concedem-

se facilidades fiscais. O Estado serve ao mercado apenas em tempos de crise. Nesse contexto socioeconômico pós-*Welfare State*, o Direito já não é mais o mesmo e já não oferece segurança.

No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a **governabilidade**. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica - e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido - sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricionariedade judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido. (BARROSO, 2001, p. 8, grifo nosso).

Conforme Barroso, as novas condições de *governabilidade* exigem uma resposta jurídica cada vez mais específica. Sem conseguirem dar conta da nova realidade socioeconômica, os Poderes Executivo e Legislativo se curvam ao Poder Judiciário. A governabilidade responsável por tal ajuste tem, e muito, a ver com as demandas do mercado, o qual adquiriu novas feições a partir da década de 70, as quais se convencionou chamar de *neoliberais*.

4.4.1 Neoliberalismo

O neoliberalismo surgiu da reunião de um conjunto de pessoas (dentre elas acadêmicos, economistas, historiadores e filósofos) em

torno do pensamento de Friedrich von Hayek. Tal grupo se denominava *Sociedade Mont Pelerin*⁵⁰.

Teoricamente, apesar de surgido à época da Segunda Guerra com a publicação do marco *O caminho da servidão* (em 1944), de Hayek, na prática o neoliberalismo, sinteticamente, pode ser descrito como a consequência da crise de lucratividade provocada pela já mencionada crise do petróleo ocorrida na década de 70.

As políticas do neoliberalismo são normalmente associadas ao *Consenso de Washington*, realizado na cidade que o nomeou, em 1989, do qual participaram várias instituições financeiras, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Foi acordado, no Consenso, uma proposta de reforma econômica com base em dez tópicos relativos à reestruturação de políticas públicas, que exigiam: disciplina fiscal; redução e reorientação de gastos públicos; reformas fiscais para ampliação da base tributária; liberalização financeira; livre flutuação de taxas de câmbio; redução de imposto de importação; eliminação de barreiras aos investimentos estrangeiros; a privatização de empresas de propriedade estatal e, por fim, a garantia de direitos de propriedade (GARAVITO, 2009).

Ele se constitui em uma proposta política e econômica que visa a transnacionalização do mercado, podendo-se afirmar, inclusive, que neoliberalismo e globalização fazem parte de um mesmo fenômeno (TOEDTER, 2008, p. 40).

Assim como o liberalismo, o neoliberalismo também defende a desregulamentação do mercado por parte do Estado em nome de uma *auto-regulamentação*, que fixa por si mesma condições de trabalho, circulação de bens, etc. No entanto, enquanto o liberalismo promoveu uma certa qualidade de vida aos trabalhadores, o neoliberalismo elimina qualquer legislação social, fundamentando na exponenciação daquela auto-regulamentação. Isso porque, segundo Harvey (2008, p. 19; 27), o neoliberalismo procura superar a política de forte regulação dos Estados liberal e social, criando condições para a acumulação do capital e de restauração do poder das elites econômicas após um longo período de

⁵⁰ “A small and exclusive group of passionate advocates – mainly academic economists, historians, and philosophers – had gathered together around the renowned Austrian political philosopher Friedrich von Hayek to create the Mont Pelerin Society (named after the Swiss spa where they first met) in 1947 (the notables included Ludvig von Mises, the economist Milton Friedman, and even, for a time, the noted philosopher Karl Popper).” (HARVEY, 2005, p. 20).

bem-estar no qual prevaleceu um acordo entre as classes dos trabalhadores e dos detentores de capital.

Desta forma, para os neoliberais, o bem-estar geral depende apenas das liberdades individuais de cada um – e não de uma figura como o Estado keynesiano – se desenvolvendo a partir de liberdade de empreendimento e de habilidades pessoais permitidas por um direito de propriedade e de livre comércio bastante sólido. O papel do Estado se resumiria a garantir tal liberdade por meio de mecanismos como aparato militar, policial, etc., isto é, estruturas legais e de força que assegurem formalmente e materialmente os direitos de propriedade privada. Ainda, caberia ao Estado introduzir o mercado nos espaços imaculados, isto é, onde não houve privatização⁵¹.

Evidentemente, as novas demandas sobre o Estado vindas do mercado não poderiam deixar de influenciar o Direito. Segundo adverte Harvey, o neoliberalismo tem papel determinante na atuação do judiciário. Levando-se em consideração que “os neoliberais preferem afastar as instituições-chave, como o Banco Central, das pressões democráticas”, restando que “soluções e remédios para todo e qualquer problema devem ser buscados por meio do sistema legal”, os tribunais crescem em importância (HARVEY, 2008, p. 77). O Banco Mundial, no relatório de 2002, confirma tal importância⁵².

⁵¹ “Neoliberalism is in the first instance a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade. The role of the state is to create and preserve an institutional framework appropriate to such practices. The state has to guarantee, for example, the quality and integrity of money. It must also set up those military, defence, police, and legal structures and functions required to secure private property rights and to guarantee, by force if need be, the proper functioning of markets. Furthermore, if markets do not exist (in areas such as land, water, education, health care, social security, or environmental pollution) then they must be created, by state action if necessary. But beyond these tasks the state should not venture. State interventions in markets (once created) must be kept to a bare minimum because, according to second-guess market signals (prices) and because powerful interest groups will inevitably distort and bias state interventions (particularly in democracies) for their own benefit.”(HARVEY, 2005, p. 2).

⁵² “La experiencia práctica posterior indica que los esfuerzos reformistas no podían limitarse a las políticas pensadas para encoger el tamaño del Estado y liberalizar y privatizar las economías [...] El enfoque teórico inicial pretendía, como es comprensible, mostrar sobre todo los problemas asociados con las instituciones estatales, pero la práctica mostró que no era sólo cuestión de dismantelar el Estado en favor de la desregulación y la privatización [...] Resultó que la falta de

A reforma judicial se converteu em um dos pilares das ações do projeto neoliberal, por duas razões: a criação de uma situação estável, principalmente com relação aos direitos de propriedade (“*Governments have an important role in providing public goods, such as laws that delineate property rights and the judicial institutions that enforce these rights and establish the rule of law.*” (WORLD BANK, 2002, p. 7)) e, ainda, em garantir as condições necessárias ao funcionamento do mercado (“*For example, income and the rule of law – encompassing the collective importance of property rights, respect for legal institutions, and the judiciary – are highly correlated.*” (WORLD BANK, 2002, p. 9)), como aponta Garavito:

[...] la versión neoliberal privilegia las funciones de los jueces y de las instituciones en general que están dirigidas a mejorar el funcionamiento del mercado. Desde este punto de vista, las funciones esenciales de los tribunales tienen dos propósitos: deben contribuir a ofrecer un clima estable de inversión mediante la aplicación de reglas del juego predecibles y deben garantizar las condiciones de orden público necesarias para que funcionen los mercados. (GARAVITO, 2009, p. 29).

O crescimento da importância dos juízes, nas circunstâncias dos interesses da globalização do mercado, é o que interessa a este trabalho. De que forma ela tem se desenvolvido? Para tanto, é preciso atentar para as modificações que vem sofrendo o direito no cenário nacional, em especial no que se refere a uma alteração estrutural e tradicional no âmbito jurídico.

No mundo globalizado atual, vigora a descrença na funcionalidade do direito estatal. O *modus operandi* da *common law* serve, perfeitamente, às medidas da nova configuração socioeconômica.

Como bem afirma Grossi, a tradição da *civil law* tem perdido espaço para os procedimentos da *common law* em tempos de globalização, em um movimento que substitui o legislador pelo jurista.

atención a las instituciones en general, sobre todo a las jurídicas, planteaba límites importantes a las reformas como medio para promover el desarrollo económico y la reducción de la pobreza.” (WORLD BANK, 2002 apud GARAVITO, 2009, p. 27).

No canal paralelo do direito da globalização circula uma cultura jurídica que, prevalentemente, não é a nossa. Salientamos unicamente um ponto, para não alongar muito nosso discurso: o papel ativo, incisivo, determinante que ali tem o jurista – teórico ou empírico – e que tem relevo a respeito das desconfianças, minimizações, reduções servis dominantes na nossa tradição continental; ao contrário, desconfianças, minimizações, quase a supressão do Estado legislador, considerado incapaz de interpretar factivelmente as solicitações da práxis. Tudo isto é somente a absorção de uma mentalidade e de um costume que são do planeta do *common law*, segundo os quais direito não é coisa de político, mas sim de jurista. (GROSSI, 2010, p. 88).

O significado de globalização, como aponta Grossi (2010), passa pela ideia de um novo período histórico, iniciado certamente a partir da expansão das navegações no século XVI, e cuja expansão encontra hoje cada vez menos barreiras, podendo ser traduzido para um processo de desterritorialização. Nesse sentido, a globalização implica a fragilização do conceito de soberania estatal, baseada, sobretudo, na territorialidade e, conseqüentemente, no declínio da política. A soberania e a política do espaço territorial são entraves ao progresso econômico. A partir disso, segundo Grossi (2010, p. 73-74), é possível “nos introduzir na análise com precisão da relação globalização-direito”.

Nesse cenário, proporcionado pelo desenvolvimento nunca antes alcançado em nível técnico, especialmente no campo das tecnologias da informação, as corporações transnacionais encontram as condições perfeitas para sua ampliação. Ao mesmo tempo em que as *transnational corporations* ocupam crescentemente o lugar de poder, o Estado e a ordem de direito continental moderna perdem mundialmente seu espaço, dando lugar ao sistema jurídico da *common law*.

É difícil, para Grossi (2010), não associar a ascensão dessa nova ordem econômica e jurídica aos tempos da Idade Média. No desenvolvimento da burguesia medieval, o Estado e a edificação de uma ordem concreta de direito representavam a solidificação dessa classe, cujos resultados experimentaram conquista sem precedentes com a promulgação do Código de Napoleão. Como bem observa Grossi: “Naquele momento, os mercadores deram uma contribuição não secundária à construção da entidade política nova que era o Estado, o

Estado moderno. **Hoje, os novos mercadores parecem, ao contrário, fazer de tudo para se livrar dele"** (GROSSI, 2010, p. 73, grifo nosso).

A adaptação da *common law* a essas circunstâncias de capitalismo maduro nas quais prevalece a dimensão econômica sobre a política indica o declínio do direito moderno, caracterizado pela estatalidade do direito. Na modernidade, a burguesia tomou para si a tarefa de monopolizar o direito pelo Estado, responsabilizando-o a ser a única fonte de direito válida⁵³.

Há, atualmente, uma reconfiguração das fontes de direito. A partir da modernidade, o direito se concentraria em uma única fonte, central e autoritária, que desempenharia a função de controle social. Criou-se um critério bastante rígido de criação de direito: a fragmentação quase horizontal do medieval deu lugar a uma disposição vertical da lei, uma escala hierárquica piramidal em que a função ativa é reservada unicamente à fonte oficial, a lei estatal. As antigas fontes (como, por exemplo, a velha matriz da ordem jurídica pré-revolucionária, o costume) foram desprezadas (GROSSI, 2010, p. 74).

O direito moderno, burguês, compara Grossi, é como uma rede de malha muito estreita. Por tal malha, somente o direito atravessa: o restante (economia, os fatos sociais, etc.) é filtrado. Há uma clara linha que separa o direito das demais áreas, e essa linha é a fonte de onde advêm as leis: o Estado territorial (GROSSI, 2010).

A economia do mercado globalizado exige do direito novas técnicas que se adéquem à rapidez e ao sucesso demandado pelos negócios. É preciso, dizem os novos mercadores, um novo direito, não mais tal qual o cristalizado da modernidade, mas apto a resolver as mais imprevisíveis situações em um curto tempo.

A flexibilidade e a agilidade necessárias para o mercado se difundir não são, como se pode presumir, a melhor qualidade do direito romanista. Em relação ao juiz legislador da *common law*, o legislador do Estado de tradição romanista é lento. Em razão disso, “se ‘inventam’ novos instrumentos jurídicos, aptos a ordenar a nova circulação global”, retirando-se, do Estado, o monopólio sobre o direito (GROSSI, 2010, p. 76-77).

⁵³ “A paisagem jurídica que se obteve foi extremamente simples. O complexo cenário jurídico do Antigo Regime foi submetido pela *Révolution* (e pelo Estado que dela adveio) a uma redução drástica: o único ator foi o Estado e única voz a sua, a lei, ou seja, o ato que manifestava a sua vontade suprema, vontade que obviamente tinha um espaço de eficácia restrito ao território em que a soberania estatal se projetava.” (GROSSI, 2010, p. 74).

O Estado é, então, descartado como intermediador dos conflitos jurídicos. Para a resolução rápida de problemas legais, começou-se a contratar grandes empresas de profissionais do direito e mesmo juízes privados, que produzem *um direito novo*⁵⁴.

O direito da modernidade tudo regulava: procurava abranger o máximo de casos possível com sua norma geral, pública, preocupada em regular desde as relações entre Estado e cidadãos até as relações entre esses últimos, como faz o Código Civil. O direito globalizado, por outro lado, *assemelha-se àquele produzido no Antigo Regime*: trata-se de um direito privado criado pelos próprios envolvidos, voltado ao caso particular, isto é, casuístico, que admite variadas fontes de direito e a própria privatização do direito em nível mundial, em direção a um pluralismo jurídico (GROSSI, 2010).

O princípio da validade do direito, fundamentado na fonte exclusiva do Estado, é um dos principais componentes do direito burguês perdido com o pluralismo e a privatização das fontes. Ao invés do princípio da validade, move-se em direção ao predomínio do princípio da *efetividade*⁵⁵, cuja prioridade não é a coerência ou mesmo a

⁵⁴ “[...] o que deve ser salientado com força é que a práxis econômica (em primeira linha, sobretudo, as grandes transnational corporations, e, sobretudo, norte-americanas ou de irradiação norte-americana), com o auxílio de aparelhados consultores jurídicos (em primeira linha, sobretudo, as grandes empresas profissionais, as *lawfirms*, e, sobretudo, norte-americanas ou de irradiação norte-americana), produzem para os seus objetivos e no seu âmbito um direito novo, o qual, na eventualidade de uma controvérsia, não encontrará tutela e, portanto, possibilidade de aplicação graças aos juízes dos Estados e às suas sentenças, mas sim graças a árbitros e a decisões arbitrais, ou seja, a juízes privados aceitos pelas partes desde o momento de subscrição do contrato. Árbitros, ou seja, juízes privados, quase sempre grandes juristas escolhidos devido a sua preparação, cultura, sensibilidade e munidos de um grande prestígio em nível internacional.” (GROSSI, 2010, p. 77).

⁵⁵ Hespanha (2009) afirma que, há uma distinção de como é encarada a função social do sistema jurídico entre o direito norte-americano e o direito europeu continental. Enquanto o sistema jurídico norte-americano adota uma perspectiva empresarial do direito, focado nos interesses privados, o direito europeu continental compreende o direito como um instrumento de interesse geral: “Nada parece estar mais longe do modelo normativo de direito, como este é entendido na tradição milenar da Europa, primeiro como imposição de normas naturais ou de origem ético-religiosa, depois de normas estipuladas pela República, em nome do interesse geral. Enquanto o direito europeu é sobretudo um direito “a partir de cima”, que fornece modelos cogentes de comportamento, o direito americano é sobretudo o direito “a partir de baixo”, que frequentemente

legitimidade do direito: é um nascer e um morrer de regras que escapam aos olhos da fixação. A pureza do direito enquanto ciência, tal como pretendida por Kelsen, é posta de lado em nome de um direito sem qualquer preocupação formal.

O direito da globalização não é puro, nem pretende ser puro: a pureza não entra em suas finalidades, mas, melhor, implementou instrumentos novos e eficazes de imediata utilidade para os operadores econômicos. **Aqui, não é a validade que domina, mas, ao contrário, a efetividade;** não a coerência a um modelo forte, porque não existe o modelo centralizado e filtrante e se tem, melhor, um pulular de modelos que nascem e morrem na incandescência da práxis e que representam não mais a atuação de um projeto autoritário, mas coagulações que expressam exigências efetivas na concretude da vida cotidiana. (GROSSI, 2010, p. 79, grifo nosso).

A malha do novo direito tudo permite passar. É o desenrolar da economia, os fatos econômicos, assim como são, “grosseiros, informais, carregados de escórias que as práticas cotidianas ali depositam e que devem ser considerados respeitáveis porque, em sua informalidade e plasticidade, podem responder às variações do mercado segundo os diversos tempos e lugares”, que produzem e que ditam o que é direito. O direito é, em essência, pura atipicidade, *factualidade* (GROSSI, 2010, p. 79-80).

Se na modernidade o espaço do juiz diminuiu com a exigência de que os juízes julgassem conforme os códigos recém-nascidos⁵⁶, isto é, a liberdade interpretativa se viu restrita a um “procedimento silogístico” no qual o direito coincidia com as leis codificadas (GROSSI, 2010, p. 81), no tempo presente de globalização jurídica, o papel do juiz passou a se assemelhar ao papel do juiz medieval e pré-moderno, onde não existia tal apelo às leis escritas. Grossi (2010) aponta até mesmo para uma crescente *oralidade do direito*. Neste novo modo de operar os assuntos

se presta a usos instrumentais pelos sujeitos na busca de suas conveniências.” (HESPANHA, 2009, p. 463).

⁵⁶ Tal movimento se deu inclusive através do incentivo por parte do Estado do abandono das disciplinas filosóficas e teóricas nas universidades e, na outra mão, o fomento da doutrina exegética por parte do governo de Napoleão.

jurídicos, a lei é deixada de lado em nome de normas flexíveis, certas regras e princípios sem nenhum teor textual: o direito *acontece*, nas relações jurídicas, através da oralidade, lugar alternativo à rigidez característica do direito estatal moderno (GROSSI, 2010).

O *homo oeconomicus*, diz Grossi, apenas se utiliza das normas que lhe são úteis. A cristalização do direito em lei se mostra, nesse aspecto, como uma dificultadora da realização de contratos: **“o mercado precisa de princípios ordenadores e não de amarras normativas”** (GROSSI, 2010, p. 83, grifo nosso). O velho sistema hierárquico de normas, conhecido por sua estrutura piramidal, é golpeado insistentemente pela planificação das normas, em um novo sistema onde **“todas as regras passam a interagir entre si, sem se sobreporem uma à outra, como os princípios”** (GROSSI, 2010, p. 83, grifo nosso).

Não há mais que se falar, nesse sistema anárquico, em uma autoridade politicamente legítima criadora de normas. Não há mais, nesse sistema, que se falar em normas. Tudo se dá no âmbito da *contingência* dos interesses mercantis⁵⁷.

Os interesses do mercado, dessa forma, parecem exigir do judiciário duas condições: flexibilidade para a resolução dos problemas contingenciais, que exige do judiciário a abdicação das normas rígidas em nome de princípios gerais orientadores; e efetividade, pela qual é direito aquilo que o judiciário reconhece ser útil.

Se, por um lado, o argumento dos princípios neoconstitucionais funciona para promover uma nova hermenêutica libertadora, o argumento da eficácia com base no pragmatismo utilitário parece servir aos mesmos propósitos, isto é, o da liberdade hermenêutica, sendo difícil, em alguns momentos, discernir as diferenças práticas entre neoconstitucionalismo e realismo jurídico, esse último pilar do movimento *Law and Economics*.

⁵⁷ “Por isso, a velha imagem da pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica. E os sociólogos do direito - mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras - falam de rede, em um sentido bem diferente de como a invocamos para concretizar a ideia de filtro entre fatos e direito, no sentido de substituir a imagem piramidal potestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, mas no mesmo plano, ligadas, uma com a outra, por uma relação de recíproca interconexão. Regras que não encontrarão sua legitimação em uma única fonte suprema identificada em quem detenha o poder supremo político, mas, na maioria das vezes, em um modo espontâneo daquela realidade variada e móvel que é o mercado”. (GROSSI, 2010, p. 83-84).

4.4.2 O Realismo jurídico

Para o positivismo jurídico em sentido estrito, a validade de uma norma não depende de sua eficácia. Há, porém, uma corrente positivista em sentido amplo questiona a norma a partir de sua eficácia: o Realismo Jurídico. Para tal corrente, o direito consiste em uma realidade social que deve ser aplicada, isto é, deve ser eficaz. Aquilo que não é aplicado e reconhecido socialmente através da aplicabilidade não é direito. Desta forma, para os realistas, “é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 142).

Diferentemente dos positivistas em sentido estrito, que encaram o direito a partir de um *dever ser*, ou seja, consideram o direito apenas como uma realidade *normativa*, os realistas consideram o direito como *ser*, como uma realidade *factual*.

A escola realista tem origem nos Estados Unidos da primeira metade do século XX. O precursor de tal movimento, juiz da Suprema Corte estadunidense por 30 anos entre 1902 e 1932, Oliver Wendell Holmes Jr., acreditava que o direito estaria relacionado mais à *experiência* do que à lógica. Segundo esse autor, a moral e a política dominante, as instituições policiais e os próprios juízes determinam as leis às quais serão submetidos os homens, muito mais do que os silogismos. O direito personifica a história de uma nação: não são *axiomas de um livro de matemática*.

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, allowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. (HOLMES, 2011, p. 5).

Além de Holmes, outro jurista também serve de referência ao pensamento realista: Roscoe Pound. Esse autor defendia que, nos casos sem precedentes, era possível a resolução através de princípios. Para

Pound, os tribunais tem a função de manter vivo o direito, baseados na experiência da vida social e política (JORGE, 2012, p. 9-10).

O realismo pode ser considerado como um movimento *antiformalista*, que compreende o direito como produto de criação judicial, dinâmico, constantemente revisável. Promove, conseqüentemente, uma crítica à ideia de um direito objetivo e obediente a um padrão lógico, pautado na segurança jurídica. Assim, para os realistas, “o importante é o que fazem os juízes e não o que dizem que fazem” (JORGE, 2012, p. 15). O direito é aquilo que é, de fato, reconhecido e realizado pelos juízes.

Outro expoente do Realismo é Jerome Frank, para o qual os magistrados decidem conforme sua própria consciência. Frank vai muito além de Holmes e Pound em termos de radicalismo. Para Frank, assim como para os demais realistas, a certeza jurídica é um mito, uma vez que o Direito é criação constante, isto é, é sobretudo *decisão*. Até então, diz Frank, o direito se baseou na ilusão infantil de que a lei é previsível, causada pela busca de uma certeza oriunda de um universo controlado por um pai: “*The essence of the basic legal myth or illusion is that law can be entirely predictable. Back of this illusion is the childish desire to have a fixed father-controlled universe, free of chance and error due to human fallibility.*” (FRANK, 1935, p. 34). Para Frank, é preciso que o juiz tome consciência da *irracionalidade* do modo de produção de leis: as decisões não podem ser justificadas, são sempre *irracionais*, desobedientes a um pretense silogismo. A fundamentação das decisões é uma tentativa de racionalizar tal processo (JORGE, 2012).

Karl Llewellyn, outro jurista realista, acredita que “o juiz primeiro chega a um resultado para então buscar razões legais de sua decisão” (JORGE, 2012, p. 16). No entanto, diferentemente de Frank, defende uma maior limitação dos poderes de decisão do juiz. O Direito é um conjunto de procedimentos de criação, interpretação e aplicação de normas, voltado para a realização dos valores que o juiz depreende da norma, como “justiça”, “bem comum”, etc, levando em conta a realidade social, procurando, sempre, *atualizar o direito* (JORGE, 2012, p. 33).

Segundo Bobbio (2001), o realismo jurídico tem a preocupação voltada para a eficácia, ao invés da justiça ou da validade, fazendo frente tanto contra o jusnaturalismo quanto como contra o positivismo em sentido estrito. Ao lado da Escola Histórica e Sociológica do direito, o Realismo foi uma das mais importantes expressões do pensamento jurídico do século XIX contra o formalismo.

Tendo o realismo a característica das escolas sociológicas de conferir grande importância aos magistrados, **tal escola atribui ao juiz a competência para dizer qual norma é válida** (BOBBIO, 2001).

4.4.3 Realismo Jurídico e Law and Economics: contractors are supposed to be rational

O realismo jurídico proporcionou tal abordagem que visa apenas as questões “práticas” do direito. Segundo Holmes (1897 *apud* DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12), “*if we look at things from the point of view of the litigant, we observe that he could not care less about great theories. What he wants to know is what the courts of Massachussets or of England will decide regarding his case*”.

Para os autores Kirat e Deffains (2001), o realismo jurídico de juristas como Holmes influenciou diretamente a abordagem da Escola do Direito Econômico (*Law and Economics*), que ganhou destaque nos Estados Unidos dos anos 60, sobretudo no que diz respeito à avaliação econômica do direito. A ideia principal busca proporcionar um método aos juristas que fundamentem suas decisões no sentido de avaliar as consequências da aplicação das leis e sugerir mudanças legislativas nos casos em que as leis não cumpram os objetivos desejados. “*Conceived of in this way, the movement of Law and Economics is the ultimate development of legal realism.*” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12, grifo nosso).

Nos últimos vinte anos, com a expansão da globalização e sua necessidade de uma linguagem universal que destrua as barreiras ao desenvolvimento do mercado⁵⁸, os instrumentos jurídicos do sistema anglo-saxônico se difundiram – ou *foram impostos* – nos países adotantes da tradição *civil law*, em decorrência da exigência de adaptação às demandas da economia mundial.

The major observation we can make today is that over the last twenty years a certain number of legal instruments, norms and contractual techniques often invented within the context of Anglo-Saxon law have been imposed in countries

⁵⁸ Por exemplo, diferentes normas em diferentes países que legislam sobre o mesmo problema jurídico interferem nas relações de Mercado. O objetivo é acabar com tal dissonância (“*Legal rules from different legal systems are often in conflict with one another when ruling on the same course of action.*” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 14)).

of civil law and these appear to be spreading to all industrialised countries in the wake of globalisation. The introduction and the competition of these new laws then alter the national legal environment. But by receiving these new rules the States have become “law takers” (even though the rules are not usually accepted as they stand). It would appear that by receiving these new laws, the national institutions and laws are adapting to the demands of the global economy. (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 13-14).

Há, não se pode negar, uma competição, nos âmbitos nacional e internacional, entre os sistemas legais da tradição romano-germânica e de *common law*. Deffains e Kirat (2001) indicam que tal processo competitivo interessa, principalmente, para as áreas de direito relativas ao mercado financeiro e empresarial em geral, falando-se, inclusive, em uma *americanização*⁵⁹ crescente do direito europeu⁶⁰.

Segundo os autores, os sistemas jurídicos dominantes acabam sendo exportados para os países que sofrem dominação cultural e econômica, visando-se a adaptação dos mercados desses países ao mercado global, transformando-se o direito em uma espécie de “serviço de mercado”, o que os leva a dizer que “*This interpretation suggests that*

⁵⁹ Sobre a americanização do direito, Hespanha explica que “Numa perspectiva empresarial, o direito é encarado menos como um modelo normativo de comportamento do que como uma fonte de oportunidades, uma forma - entre muitas - de obter vantagens individuais. De tal modo que o agente é menos convidado a cumprir as determinações do direito do que a usá-las como partes de uma estratégia de luta pelos seus objetivos particulares. Por isso é que alguns dos teorizadores do direito americano – nomeadamente no campo da análise econômica do direito - procuram reduzir o cumprimento / não cumprimento do direito à racionalidade da análise custos-benefícios, encarando “a observância das normas (especialmente de direito privado, mas não apenas essas) como uma das várias soluções disponíveis, a ser avaliadas pelo cálculo econômico individual.” (HESPANHA, 2009, p. 459-460).

⁶⁰ “My aim here is not to criticise the internal coherence of legal positivism but rather to show to what extent the competitive view seems better able to capture the present reality of implementing legal rules both on a domestic and an international level. For example, how can we deny that there is a certain competition between the legal systems originating in Common Law and in the Romano-Germanic tradition at a time when we worry about the Americanisation of European laws especially in the areas of finance law and business law?” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 10).

actors on the market are becoming 'law merchants'”: os interesses públicos, contidos na questão da soberania nacional, estão sendo abandonados em nome de interesses privados de agentes do mercado⁶¹.

Autores como Richard Posner, da Análise Econômica do Direito, procuram analisar os impactos das decisões sobre o cenário econômico, isto é, leem o direito sob o aspecto da eficiência. A *Law and Economics* criou um método efficientista que serve de linguagem global, isto é, que estabelece o método legal do *common law* como mais eficiente, que exponencializa a riqueza social⁶².

O império da lei foi substituído pela normatividade dos fatos. A lei passa a ser concebida apenas em termos de instrumentalidade econômica. As ordens legais de todo o mundo se veem dependentes dos contextos econômicos para seu funcionamento.

One consequently understands that the major source of law has been modified. In the liberal model, the law, being abstract and general, dominates the legal sphere. The exception lies in the contract whose extreme flexibility is particularly well suited to the development of

⁶¹ “The legal systems of dominant countries is exported toward those countries under domination (this strategy could enable the form of cultures and economies to be determined without the need to invest in those countries concerned). Moreover, one of the aims of this exporting of law would be to facilitate adapting rules of law to the requirements of international business at the risk of seeing law become a “market service”. This interpretation suggests that actors on the market are becoming “law merchants”. This could particularly be the case in the financial sector. The author fiercely criticises this privatisation of the legal norm which may lead to sovereignty in legal matters being abandoned and private interests taking on more importance than the general interest.” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 10).

⁶² “These analyses have provided the jurist with a global method destined to provoke thought on the functions of the various legal institutions. However, the problem posed by Posner goes beyond this as he defends the thesis of the economic efficiency of Common Law. This thesis seeks to have Common Law explained (but not perfectly) as a system enabling the maximization of the wealth of society, i.e. the judges from Anglo-Saxon courts would make their rulings as if their implicit aim was economic efficiency. Hence, the rules regarding civil liability drawn up within the framework of Common Law (especially the evolution toward strict liability) could be thought of as efficient if they enabled the social cost of accidents to be reduced. The strength of this approach lies in the fact one does not need to presume that the aim of the judges is to attain economic efficiency for this result to be reached.”(DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 15-16).

exchanges. In the current context, the law is always omnipresent but it is increasingly negotiable so as to be applied as a contract whereas the contract itself can fulfil a regulatory function (e.g. in the area of the control of natural monopolies). Such an observation leads us to insist upon the changes affecting the status and the role of the legal system. More precisely, legal regulations seem to be a sub-set included in a wider set of regulatory mechanisms within the economic system. (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 16-17).

Se nos países de *civil law* os contratos tem a obrigatoriedade de estarem redigidos de acordo com as leis, nos países de *common law*, os contratos são realizados de acordo apenas com a vontade das partes envolvidas. A lei, nesse caso, serve apenas como meio de facilitar tal acordo ou cortar excessos (BROUSSEAU, 2001, p. 83).

Evidentemente, a percepção de contrato de cada sistema é diferente. Nos países anglo-saxônicos, principalmente nos Estados Unidos, o contrato é a base das relações sociais. Não é “natural”, nesses países, que o legislativo ou o judiciário interfiram nessas práticas: esses poderes devem, ao invés de *regular, facilitar* o livre arbítrio das partes acordantes. Tal compreensão advém do Iluminismo que fundamenta uma sociedade onde as liberdades convergem⁶³: “*Consequently, neither*

⁶³ “However, it is evident that Common Law practices, especially as regards the U.S., focus on quite different questions when it comes to the matter of contract. Contract is considered as a basis of social relationship in Common Law doctrine and legislative and judicial powers are not “naturally” allowed to interfere in contractual relationships. Such powers are considered as support in facilitating contracting, not as a superior social overriding structure that would be entitled to determine what would be preferable for both parties, with a restrictive contractual practice. Consequently, legal thought focuses on the expression of the free will of the agents (to ensure that they agree on mutual commitments), on the impact of these commitments on their individual wealth (while negative externalities can obviously matter), on the current state of their mutual interest (rather than on their past agreements). In fine, what really matters in Common Law tradition is the current mutual interest of contractors. If they agree on any kind of reinterpretation or re-negotiation of contractual arrangements, judges should ratify these agreements, because they must favor the implementation of the most efficient solution. This is obviously in line with the philosophy of enlightenment, which considers society as the convergence of free individuals endowed with irremovable fundamental rights. Each citizen is the most able to

the State, nor any third party is entitled to assess in the place of free contractors whether they are right or wrong to contract or to transact as they do. Contractors are supposed to be rational.” (BROUSSEAU, 2001, p. 89). Racionais, os agentes do mercado não necessitam de regras externas: são capazes de estabelecer seus próprios limites.

A pretensa racionalidade da análise econômica do direito procura se valer dos métodos da economia para responder questões jurídicas, com o intuito de obter uma forma mais impessoal e objetiva respostas aos problemas jurídicos, em uma recusa de uma lógica própria para o direito.

Se a economia é o método adequado a algumas discussões sobre o direito, não é porque ela revela mais da realidade, mas porque seu método se mostra mais eficiente para fazer as pessoas chegarem a acordos racionais. Em outros termos, ela não substituiria a ponderação, mas a auxiliaria deixando os termos mais claros. (FALCÃO, 2013, p. 126).

A corrente da Análise Econômica do Direito (ou *Law and Economics*) coloca-se como a possibilidade de *eficientizar* o Direito a partir de uma perspectiva econômica, introjetada nas práticas jurídicas pelas promessas de, enfim, proporcionar um modelo de governabilidade aos moldes do mercado.

Fala-se – como se fala de algum índice técnico –, que tal *eficientização* deve se ater, para não se desligar, afinal, de *todos* os princípios, ao PEES (Princípio da Eficiência Econômico-Social) e ao MEL (Mínimo Ético Legal), com o intuito de ser eticamente inclusivo do ponto de vista econômico-jurídico.

Para autores como Stelzer e Gonçalves (2014), “cabe estipular o justo sem descuidar do custo social” (2014, p. 1). *A economia, e não mais o direito, seria o instrumento apto a tornar a decisão do operador do direito objetiva.* Dizem os autores que “Sob tal vertente e a partir da Análise Econômica do Direito (AED) emerge a tentativa de minimizar no processo decisório e na produção normativa o julgamento político-volitivo e aleatório de caráter subjetivo.” (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 2). O mercado é quem dita a verdade da governabilidade, diria Foucault (2008).

know how to use (and even to void) these rights.” (BROUSSEAU, 2001, p. 88-89).

Para Richard Posner, autor referencial para a acima mencionada escola, justiça e eficiência no Direito podem ser equivalentes, desde que sejam considerados alguns detalhes, métodos que coloquem o direito para trabalhar com o objetivo de obter melhores resultados econômicos. Já não se trata de levar em consideração a legitimidade de uma lei ou de uma decisão, mas sim sua eficiência em termos numéricos. Por exemplo: Posner, considerando acerca do motivo por que prender alguém ilegalmente é injusto, conclui que tal injustiça resulta de que a ilegalidade de tal procedimento leva ao desperdício de recursos econômicos.

Atualmente, com a exacerbação da globalização e o anunciado fim dos limites da influência dos mercados nos confins do mundo, os demais autores da corrente defendem a aplicabilidade da teoria da *Law and Economics* no sistema de *Civil Law*, especialmente por conta da grande transformação à qual tem se submetido, uma *libertação hermenêutica* dos operadores do direito, que os torna livres para decidir conforme as alterações requeridas pelo contexto socioeconômico.

Embora a teoria da LaE tenha sido, originalmente, desenvolvida e aplicada em um contexto pós-realista norte-americano em que se questionava a atitude dos julgadores que, em meio à *Common Law*, intentavam resolver as demandas segundo critérios pessoais formadores da jurisprudência variada e que gerava incerteza jurídica às pessoas e às organizações, seus institutos podem ser plenamente aplicáveis à *Civil Law*. De fato, se na *Common Law* ocorreu a padronização em termos de normatização e positivação de um Direito pensado de forma racional conforme os ditames da Teoria Econômica, na *Civil Law* isto também é plenamente possível. Os grandes sistemas jurídicos estão em constante interação, de forma que, em países de *Common Law*, os *statutories* são presenças constantes enquanto que, nos sistemas codificados, proliferam processos **hermenêutico-libertadores da práxis jurídico-legislativa restritiva que impede a liberdade de apreciação do fenômeno social.** (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 9, grifo nosso).

Tal pensamento procura se efetivar através de duas frentes: primeiramente, por vias legislativas, as quais adaptam o Direito às

conjunturas econômicas, maleando as normas e tornando-as mais atrativas juridicamente para o desenvolvimento do mercado, e por via interpretativa, através de uma *nova hermenêutica*, pela qual o intérprete é autorizado a adequar a norma aos objetivos propostos. A economia neoliberal exige, agora em termos mundiais, que os sistemas jurídicos se adaptem às suas exigências.

Assim, em meio a essa interdisciplinaridade da práxis jurídico-legal, desponta, como possibilidade interessante de análise para o Direito a LaE, que se estrutura, ora como método interpretativo, ora como inerente à natureza economicista do próprio Direito. Em tempos de globalização e, segundo a atual ótica economicista neoliberalizante vigente dentro do sistema capitalista abrangente a muitos países alinhados em transações comerciais, em intercâmbio de culturas e em aproximações institucionais, fica evidente a necessidade de serem acompanhados os grandes movimentos jurídico-teóricos que, se não devem ser copiados de modelos já consagrados em grandes potências como é o caso dos EUA, devem ser estudados para que seja possível entender a lógica econômico-jurídica que está inserida na práxis de governos, na lógica das organizações e dos próprios cidadãos desses países. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 9).

Assim, segundo Stelzer e Gonçalves (2014), o direito perde sua força “impositiva” e adota um padrão “persuasivo”, não “violento”, que se dirige a uma visão de homem em atenção à sua “individualidade” e a “alteridade”. Isso, claro, quando o mercado permite.

O padrão jurídico-normativo deixa, assim, de ser coercitivo para se tornar persuasivo, permitindo que – antes mesmo de ser mero controlador social – determine políticas econômico-sociais adequadas, ausente qualquer forma de imposição violenta. A mudança do paradigma jurídico-normativo deve refletir o amadurecimento do homem em atenção à individualidade e à alteridade da pessoa humana. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 12).

Por fim, o que se procura justificar no ataque à lógica positivista kelseniana – uma vez que ele já não serve para “atender aos padrões ético-jurídicos” – são certos princípios como “amadurecimento do homem”, “alteridade da pessoa humana”, “homem integral capaz de amar o outro”, princípios que preencham o índice *matemático* do Mínimo Ético Legal.

Entretanto, na atual lógica normativa kelseniana e no âmbito da atribuição da vida moderna, predominam padrões ético-jurídicos que não alcançam níveis de excelência próprios do homem integral - ser humano consciente e capaz de amar o outro. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 12).

Os princípios éticos sobre os quais se constrói tal teoria, contudo, se amparam em teorias de caráter quase que puramente econômico, em uma tradição de longa data que se intensificou principalmente no século XX, com o surgimento de escolas jurídicas como o Realismo Jurídico e de escolas Econômicas, como a formada em *Mont Pèlerin*.

Segundo Posner, a relação entre Direito e Economia já é conhecida de longo tempo. Segundo o autor, Hobbes já tratava, no século XVII, sobre a relação entre direito e propriedade privada e, no século XVIII, encontrava uma forte base com o utilitarismo econômico de Bentham. Desde então, tal relação se expandiu para todos os ramos do direito. Na década de 60 do século passado, passou-se a estudar com afinco tal relação nos Estados Unidos com a publicação do artigo intitulado “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase.

Em 1960, Coase defendeu a ideia utilitária de que, quando duas partes entram em litígio (em um dos exemplos utilizados em *The problem of social cost*, um médico é prejudicado pelo barulho da maquinaria de uma indústria de tecidos. Como resolver o impasse entre o médico e a fábrica?) há que se pensar não em dar razão para uma das partes, mas encontrar a melhor solução econômica considerando-se todos os cenários possíveis.

The doctor’s work would not have been disturbed if the confectioner had not worked his machinery; but the machinery would have disturbed no one of the doctor had not set up his consulting room in that particular place. [...]. If we are to discuss the

problem in terms of causation, both parties cause the damage. (COASE, 1960, p. 13).

Segundo Coase, até então não se observava a comparação entre utilidade e prejuízo como elemento para se chegar a uma decisão jurídica.

The standard British writers do not state as explicit as this that a comparison between the utility and harm produced is an element in deciding whether a harmful effect should be considered a nuisance. (COASE, 1960, p. 20)

Essa é, em geral, a proposta para a *nova hermenêutica*. Não é à toa que Streck afirma que o neoconstitucionalismo (ou “Constitucionalismo Contemporâneo”) promoveu, no Brasil, uma **“recepção acríica do ativismo judicial norte-americano.”** (STRECK, 2014, grifo nosso).

Posner explica que a Análise Econômica do Direito, com esse objetivo, procura explicar e prever o comportamento dos operadores do direito e também daqueles que são regulados pela lei. A ideia é melhorar a lei considerando-se que se pode apontar para possíveis consequências não desejadas em termos de eficiência econômica e de distribuição de riquezas. O impacto dessa nova perspectiva visa atingir as mais diversas áreas de regulação do direito, como direito ambiental e direito de família para além do próprio direito econômico, e tem sido “um significativo fator no movimento de desregulação e na ideologia de mercado livre em geral”. É o que diz Posner:

The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to

have influenced legal reform in a number of important areas. These areas include antitrust, the regulation of public utilities and common carriers, environmental regulation, the computation of damages in personal injury suits, the regulation of the securities markets, the federal sentencing guidelines, the division of property and the calculation of alimony in divorce cases, and the law governing investment by pension funds and other trustees, **and to have been a significant factor in the deregulation movement and in free-market ideology generally.** (POSNER, 1998, p. 2, grifo nosso).

Segundo Gérard Farjat (1971), o surgimento de tal direito econômico não afetou as estruturas jurídicas dos países de *common law*, tanto por conta de suas características gerais quanto pela flexibilidade dos seus principais conceitos. Nessa tradição, o direito se forma através dos procedimentos mesmos, caso a caso. Em razão de o direito existir muito mais em função de regras de processo formais do que propriamente por direitos materiais (em contraposição ao sistema romanista⁶⁴), a distinção entre direito público e direito privado é inexistente nessa tradição. Assim, o funcionamento de um direito econômico não encontrou barreiras materiais, incorporando-se ao sistema anglo-saxônico de maneira muito natural⁶⁵.

⁶⁴ “Este caráter normativo ou impositivo do direito - que é típico da tradição continental europeia - prende-se com a ideia de que o direito tem a sua origem na religião, na moral ou na vontade da República, expressa pelo conjunto dos representantes do povo, tendo em vista o interesse geral. Daí que o direito devesse fazer parte de um projeto de realização do interesse comum, tendencialmente monopolizado pelo poder político e expresso por meio da lei, única forma de o furtar à influência desagregadora dos interesses particularistas.”(HESPANHA, 2009, p. 458-459).

⁶⁵ “Dans toutes les sociétés industrielles, le droit économique pose le problème des *rapports du droit publique et du droit privé*, et l’effacement de la distinction est un des critères du droit économique. Or, il est couramment affirmé que l’un des traits caractéristiques de la *common law* est l’absence de distinction entre le droit publique et le droit privé. L’affirmation est, dans une certaine mesure, exacte. La distinction n’a pas son aspect processuel: l’existence d’une juridiction administrative. Elle n’est pas <<sentie>> par les jurists de *common law*. Il en résulte qu’une des caractéristiques fondamentales du droit économique – l’effacement de la distinction – ne pouvait apparaître clairement”. (FARJAT, 1971, p. 302).

A flexibilidade da *common law* permitiu, conseqüentemente, a sua adaptação à evolução da sociedade capitalista. Não houve resistência, nesse sentido, aos avanços do direito concernente à industrialização, já que a liberdade de criação jurídica é muito grande.

Si on discute, em France, de la possibilite de créer de nouveaux droits réels, dont Il a été soutenu que la liste em était d'ordre publique, la controverse ne saurait apparaître dans les pays de *common law*, puisque la notion même de droit réel est inconnue. **Dans le système de la *common law*, la liberté des entrepreneurs est beaucoup plus grande. A leur initiative économique ne s'offre pas seulement la liberté contractuelle, mais une liberté de création juridique totale couvrant aussi bien le domaine des <<obligations>> que celui des <<biens>>.** La concentration du pouvoir économique ne pose pas de problème théorique. (FARJAT, 1971, p. 303-304).

Há, nesse sistema, uma liberdade contratual muito grande e, ainda, uma liberdade de criação de direito como um todo.

Valendo-se dessa informação, o Banco Mundial lançou um documento de análise jurídico-econômica que confirma a tese de Farjat: o *Doing Business*.

4.4.3.1 Relatório Doing Business

De acordo com a sua página na internet, o *Doing Business* é um relatório do Banco Mundial criado originalmente em 2002 que procura medir, analisar e comparar as regulamentações aplicáveis às empresas e o seu cumprimento em economias em nível regional e nacional (BANCO MUNDIAL, 2016). Através dele, mede-se o impacto das regulamentações sobre as atividades empresariais ao redor do mundo. Seus dados permitem comparar as mais variadas formas de regulação das atividades empresariais em várias economias do mundo.

Com o objetivo de estabelecer um manual da eficiência econômica, o relatório do Banco Mundial se propõe não somente a uma mera análise quantitativa dos sistemas regulatórios e seus impactos sobre a expansão do mercado, mas se inteira da história dos sistemas jurídicos dos países estudados; está minimamente a par das considerações práticas e, além disso, se coloca em posição de influenciar

as teorias do direito através da promessa de eficiência e simplicidade dos procedimentos, não somente no campo dos negócios econômicos, mas também jurídicos.

O relatório de 2004 traz uma explanação sobre os sistemas jurídicos e explica como eles se distribuem pelo mundo: de um lado, o *common law*, marcado pela independência dos juízes, pela pouca importância da regulação e pela preferência pela litigância privada; do outro lado, a *civil law*, caracterizada pela subordinação dos juízes ao Estado, pela codificação e pela resolução de litígios na esfera de regulação estatal.

Regulation in developed countries varies systematically, shaped by their history over the last millennium. England developed a common-law tradition, characterized by independent judges and juries, the low importance of regulation, and a preference for private litigation as a means of addressing social problems. France, following the Romans, developed a civil-law tradition, characterized by state employed judges, emphasis on legal and procedural codes, and a preference for state regulation over private litigation. Germany and the Nordic countries developed their own civil-law traditions, also based on Roman law. (WORLD BANK, 2004, p. 84).

Os dados apresentados pelo *Doing Business* contemplam informações como o tempo e o custo de efetivação das leis que preveem, por exemplo, registro de empresas e outros assuntos de interesse, como a flexibilidade das leis trabalhistas e os procedimentos existentes que garantem a execução de um contrato. Além disso, o relatório também observa o a eficiência do funcionamento de instituições judiciárias.

The Doing Business reports assume that the quality of the laws and regulations that govern business play a decisive role in economic growth. Based on the performance observation of a number of legal systems, they aim to demonstrate that the **heaviest regulations produce the worst results because they are usually associated with inefficiency within public institutions, long delays in reaching decisions, high costs of administrative formalities**, lengthy judicial

proceedings, higher unemployment and more corruption, less productivity, and lower investment (FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, 2009, p. 814, grifo nosso).

Tal análise dos sistemas tem consequências práticas para o *Doing Business* no que concerne à eficiência dos aparatos jurídicos. Nos países que se adequaram à *civil law*, cujo expoente tradicional é a França, os procedimentos são mais numerosos, mais caros e mais demorados quando comparados com os demais países de tradição anglo-saxônica.

Countries in the French civil law tradition take the longest time and have the most procedures and highest cost. But France itself is a top performer among French-origin countries. Countries in the German tradition have the largest capital requirement, more than 100 percent of income per capita, whereas the median capital requirement for English-origin countries is zero. (WORLD BANK, 2004, p. 21).

Segundo Fauvarque-Cossone Kerhuel (2009)⁶⁶, o *Doing Business* defende que os sistemas jurídicos pautados no *common law* são mais aptos a estabelecer uma relação favorável e comunicativa entre direito e economia. Isso porque, nessa tradição, o modo como o judiciário e o legislativo se estruturam favorece o mercado quando em comparação aos países de *civil law*, uma vez que menos rígido em termos jurídicos.

Após a publicação do referido documento notou-se, no caso particular da França, que uma nova diretriz foi indicada pelo governo do então presidente Nicolas Sarkozy. Em 2009, em uma carta intitulada *Rapport sur les professions du droit*, o líder enfatizou que os advogados franceses estariam em franca competição internacional devido à própria disputa entre sistemas jurídicos (FRANCE, 2009). Diz nela o ex-

⁶⁶ Segundo as autoras, “- Poor countries regulate business the most, and, according to the Report, ‘Common law countries regulate the least. Countries in the French civil law tradition the most. However, heritage is not destiny.’
 - Heavier Regulation Brings Bad Outcomes and, according to the Report, ‘Heavier regulation is generally associated with more inefficiency in public institutions and more unemployed people, corruption, less productivity and investment, but not with better quality of private or public goods.’
 - ‘One Size Can Fit All’—in the Manner of Business Regulation.” (FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, p. 814, 2009).

presidente francês que a prática dos advogados do *common law* está sendo exportada devido ao império econômico dos Estados Unidos e do Reino Unido. Destarte, a questão da eficiência jurídica passaria a ser um dos principais problemas a serem resolvidos pelo governo (FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, p. 816, 2009).

Les lawyers américains et les solicitors anglais depuis plus d'un siècle se sont tournés vers le droit des affaires et ont adapté leur pratique professionnelle aux caractéristiques du «Common Law». Les contrats qu'ils rédigent tendent à prévoir et résoudre tous les événements susceptibles de se produire au cours de leur exécution. Cette façon de travailler est donc facilement exportable et adaptable aux règles locales. La puissance économique et financière des Etats-Unis comme du Royaume-Uni, la volonté des Etats et des entreprises de demander à leur avocats de les accompagner et de les conseiller dans leurs opérations nationales ou internationales, ont permis aux firmes anglo-saxonnes, après avoir assuré leurs marchés nationaux, de se développer dans le monde entier, d'y affirmer leur influence, et celle de leurs pratiques professionnelles. (FRANCE, 2009, p. 7).

Evidentemente, a simples categorização de um sistema jurídico como sendo pertencente ao modo *common law* não torna o país em questão por si só eficiente, afirma o Banco Mundial. Como aponta o relatório *Doing Business* de 2004, herança não é destino: a Tunísia, por exemplo, que se encaixa no que poderia se dizer um sistema de *civil law*, está dentre os países com menos regulações e mais eficiência no setor de contratos; o Uruguai, também da mesma tradição, possui uma legislação trabalhista bastante flexível quanto às contratações e demissões; por outro lado, a Índia, país incluído na tradição da *common law*, regula duramente as relações trabalhistas e possui um dos sistemas mais ineficientes de insolvência⁶⁷.

⁶⁷ “However, heritage is not destiny. Tunisia, for example, is among the least regulated and most efficient countries in the area of contract enforcement. Uruguay is among the least regulated economies in the hiring and firing of workers. In contrast, Sierra Leone, a common law country, heavily regulates business entry. India, another common law country, has one of the more

Porém, de maneira geral, onde há maior regulação há também maior ineficiência —*tempo é dinheiro*— das instituições públicas, com menos investimentos e produtividade. Isso se torna ainda mais evidente, segundo o relatório, nos países mais pobres, nos quais há pouca capacidade por parte do governo de “garantir que o critério de regulação não abusará dos negócios para obter subornos”⁶⁸.

Para o Banco Mundial, uma boa regulação não quer dizer ausência total de controle, mas menos regulação do que se costuma ver na maioria dos países, em especial nos mais pobres. Nesse sentido, o relatório recomenda que esses países não devam despendar recursos com *mais regulação*, mas definindo e defendendo, sobretudo nas Cortes Supremas, os direitos de propriedade⁶⁹.

regulated labor markets and most inefficient insolvency systems.”(WORLD BANK, 2004, p. xix).

⁶⁸ “Heavier regulation is generally associated with more inefficiency in public institutions— longer delays and higher cost (figure 4)—and more unemployed people, corruption, less productivity and investment, but not with better quality of private or public goods. The countries that regulate the most—poor countries—have the least enforcement capacity and the fewest checks and balances in government to ensure that regulatory discretion is not used to abuse businesses and extract bribes. Excessive regulation has a perverse effect on the very people it is meant to protect. The rich and connected may be able to avoid cumbersome rules, or even be protected by them. Others are the hardest hit. For example, rigid employment laws are associated especially strongly with fewer job opportunities for women. And fewer regulatory restrictions on sharing credit information benefits small firms’ access to finance the most. Heavy regulation also encourages entrepreneurs to operate in the informal economy. In Bolivia, one of the most heavily regulated economies in the world, an estimated 82 percent of business activity takes place in the informal sector. There, workers enjoy no social benefits and cannot use pension plans and school funds for their children. Businesses do not pay taxes, reducing the resources for the delivery of basic infrastructure. There is no quality control for products. And entrepreneurs, fearful of inspectors and the police, keep operations below efficient production size.” (WORLD BANK, 2004, p. xiv-xv).

⁶⁹ “Good regulation does not mean zero regulation. In all countries, the government is involved in various aspects of control of business. The optimal level of regulation is not none, but may be less than what is currently found in most countries, and especially poor ones. Instead of spending resources on more regulation, governments are better off defining the property rights of their citizens and protecting them against injury from other citizens and from the state. In *Doing Business*, two examples of such rights are creditor rights—the legal rights of lenders to recover their investment if the borrower defaults—and the efficiency of enforcing property rights through the courts. Countries that protect such rights—rich countries like New Zealand and the United Kingdom,

A study examining court efficiency in different provinces in Argentina and Brazil found that firms located in provinces with more effective courts have greater access to credit. Another study, focusing on Mexico, found that states with better court systems have larger and more efficient firms. Effective courts reduce the risks faced by firms and increase their willingness to invest. **Firms in Brazil, Peru and the Philippines report that they would be willing to invest more if they had greater confidence in the courts.** (WORLD BANK, 2004, p. 91).

Para Gaudreault-Desbiens (2013), porém, o relatório do Banco Mundial não faz mais do que se fundamentar em estereótipos dos sistemas de direito: enquanto produz uma imagem de que o direito dos países que seguem a tradição civilista é cristalizado, reproduzindo assim um estereótipo negativo de tal sistema, afirma o caráter positivo do direito dos países de *common law*.

[...] les débats récents sur la concurrence des traditions de *common law* et romano-germanique se sont largement fondés sur des images archétypales de ces traditions. Les rapports *Doing Business* reproduisent certes une image figée du droit tel qu'il se fait et se vit dans les États se rattachant à la branche française de la tradition civiliste. [...]. Ainsi, les rapports *Doing Business* ont repris à leur compte un archétype positif de la *common law* et un autre, négatif celui-là, de la tradition romaniste [...]. (GAUDREAULT-DESBIENS, 2013, p. 258-259).

Nota-se que o Banco Mundial, por meio do relatório, acabou por criar uma imagem negativa das tradições de direito civilista. Pelas razões já apontadas, tal modelo jurídico não atenderia às necessidades contingenciais econômicas do mundo globalizado, no qual as relações empresariais estão sempre em constante transformação, demandando rapidez e, porque não, mais lucratividade. Contra os valores da

and poor countries like Botswana, Thailand, and South Africa—achieve better economic and social outcomes.” (WORLD BANK, 2004, p. xv-xvi).

modernidade (generalidade, racionalidade, planificação, funcionalidade), um novo direito pós-moderno reivindica o “particularismo”: ao sistema contrapõe o caso; à hetero-regulação, a auto-regulação; ao funcional, o lúdico; ao objetivo, o subjetivo (HESPANHA, 2005). Através da influência do Banco Mundial e da competitividade jurídica que se instala internacionalmente, pela qual os países procuram se tornar mais atrativos juridicamente aos olhos dos investidores, ocorre o que Hespanha (2012) alerta acerca do Direito na economia neoliberal: a desregulação legislativa, a casuística e, por fim, a ampliação, no âmbito do mercado, da liberdade de resolução de lides conforme a vontade das partes envolvidas, isto é, a privatização do direito. Alimenta-se, portanto, a ideia de que um Estado regulador é inadequado à evolução do mercado global (HESPANHA, 2012).

5 CONCLUSÃO

O discurso em nome da adoção do sistema de precedentes, embora alegue sua existência em nome de segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, parece evitar quaisquer amarras dos órgãos jurisdicionais a um referencial estável de resolução de conflitos jurídicos. Desprezam-se os limites legais em nome de certos princípios que, no final das contas, por sua generalidade, se resumem à autoridade de quem os emana, ou melhor, estão condicionados ao que o juiz comeu no café da manhã.

A adoção do “sistema de precedentes”, em nome de certa “segurança jurídica”, coloca em risco o Estado Democrático de Direito ao admitir decisões *contra legem*, isto é, uma modificação da lei que somente poderia ser alterada por meio de processo democrático legislativo. Abre-se caminho, por meio de uma ampla margem de interpretação e criação permitida pelos precedentes, para uma principiologia que coloca em risco o que há ainda de garantias jurídicas.

Ao contrário do que querem fazer parecer os neoconstitucionalistas, o objetivo de Kelsen nunca foi o de negar a proximidade do direito às demais áreas do conhecimento, mas limitar-se ao estudo da especificidade do Direito como uma ciência, delimitando-a para, por fim, politizar o conteúdo da lei por meio de instrumentos democráticos processualmente previstos. Kelsen defende, por meio de uma teoria pura, que a questão da delimitação do conteúdo das normas de Direito pertence ao espaço da discussão política democrática.

Desta forma, é possível perceber que o positivismo jurídico em sentido estrito ainda é vítima de leituras distorcidas. Com base em tais leituras, a academia tende a valorizar o neoconstitucionalismo como uma teoria alternativa politicamente progressista, combativa, quando ela, na verdade, legitima (direta ou indiretamente) os interesses de uma elite político-econômica.

A difusão da ideia jusmoralista fundamenta, em detrimento de um juspositivismo em sentido estrito, no Brasil, como visto, a crescente desvinculação das decisões dos juízes da lei positivada, de um Direito uno. Em nome de um novo constitucionalismo, aberto às exigências éticas, autoriza-se, pelas vias equivocadas da apropriação de literatura estrangeira, uma discricionariedade que pode beirar o autoritarismo.

O cenário atual leva a crer que a decisão com base em princípios não positivados, à mercê da consciência do juiz, conduz rapidamente a um judiciário sem uma metodologia adequada, que pauta suas decisões em uma moral subjetiva e solitária.

Em um cenário econômico neoliberal de direito flexível, a análise desse discurso de boas intenções evoca uma série de problemas decorrentes desse novo paradigma interpretativo do Direito, para o qual o intérprete já não encontra barreiras materiais para fundamentar sua decisão. Se para o positivismo jurídico *stricto sensu* a norma serve como um limite, tanto ao cidadão quanto àquele que julga, para o neoconstitucionalismo o limite está unicamente no senso moral do juiz. Se considerar-se que, nesse processo, tal senso moral coletivo simplesmente não existe, resumindo-se à subjetividade particular do julgador, observa-se a perda de um referencial sólido e unificador para a aplicação e fundamentação do Direito, dando-se cada vez mais margem para uma espécie de direito contingente, flexibilizado, que atende, primordialmente, aos propósitos econômicos. Quando a lei perde sua importância, pergunta-se no que se ampara o Direito brasileiro, e se tal amparo tem condições de servir democraticamente como referencial jurídico.

Apesar de apontar a principiologia como norteadora da ação jurídica, o neoconstitucionalismo, na prática jurídica brasileira, funciona como uma costura pouco provável entre moralismo e realismo jurídico: fala de princípios mas, diante da ausência de qualquer estrutura intelectual (ou ética), se pauta em um pragmatismo que se resume ao senso do juiz. Isso, em um cenário em que se cobra do judiciário, como visto no relatório do Banco Mundial, um patamar alto de eficiência no que concerne aos interesses das empresas multinacionais, mostra-se, no mínimo, curioso, para não dizer antidemocrático. Retorna-se, como bem diz Grossi, aos tempos feudais: ao mercador já não interessa a rigidez das leis, mas a liquefação do direito diante da oportunidade de lucro.

O Direito, por fim, se ajusta à contingência. Ao atribuir aos juízes a função de decidir conforme a proposta neoconstitucionalista, isto é, com base no argumento da autoridade técnica e intelectual dos magistrados, coloca-se em risco as mais básicas conquistas, como a democracia representativa, pela qual é possível, ainda, eleger pautas jurídicas legítimas.

De qualquer maneira, o que permanece como mensagem central com relação à atuação do poder judiciário é a necessidade de contenção da liberdade dos julgadores, sempre se tendo em vista a manutenção das relações sociais existentes, o que, em alguns aspectos, é algo desejável num Estado democrático de Direito. A imperiosidade de transformações políticas, sociais e econômicas certamente se coloca como algo necessário diante de nossas experiências históricas; legitimar o poder judiciário, no entanto, como veículo de tais transformações (algo para o

qual este poder não possui legitimidade do ponto de vista democrático) não se compatibiliza com uma argumentação jurídica séria. Mais do que esperar que sejam os mais fortes também os mais justos, a discussão deveria girar em torno da limitação desta força para a qual parece não haver controle suficiente.

Seria muito difícil falar de democracia sem falar de Direito, um instrumento formal mínimo que garanta aos cidadãos as ferramentas necessárias para valerm seus direitos por uma via legítima, pública, universal. A partir do momento em que o Direito, em sua formalidade, passa a ser deslegitimado em nome de uma pretensa autoridade intelectual dos juízes e pela força do argumento de eficiência econômica, seu princípio democrático corre sério risco.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.
- BANCO MUNDIAL. Sobre o projeto Doing Business. **Doing Business**, 2016. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/about-us>>. Acesso em: 27 out. 2016.
- BARBERIS, Mauro. **La heterogeneidad del bien: tres ensayos sobre el pluralismo ético**. 2.ed. Cidade do México: Fontamara, 2006.
- _____. Le néoconstitutionnalisme existe-t-il? **Revus**, Kranj, n. 25, p. 101-124, 10 jun. 2015.
- _____. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.4, n.15, p. 11-47, 2001.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, São Paulo, vol.18, n. 51, p. 127-150, mai./ago. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 27 nov. 2016

_____. **Lei nº13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**, Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Relator: Luiz Fux.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>. Acesso em: 25 jan.de 2017.

BROUSSEAU, Eric. Did the common law biased the economics of contract...and may it change? In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Orgs.). **Law and Economics in Civil Law countries**. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. p. 79-105.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquheart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANÁRIO, Pedro. “Caminhamos a passos largos para o common law”, afirma Teori Zavascki. **Consultor Jurídico**, São Paulo, nov. 2015.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos->

passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

CARVALHO, Evandro Menezes de. Integração normativa e a tradução das tradições jurídicas: compreender o mundo para regulá-lo, traduzir o mundo para compreendê-lo. In: _____; GREENSTEIN, Rosalind. **Integração normativa: o direito em um contexto multicultural e multilíngue**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, Charlottesville, v. III, p. 1-44, oct. 1960.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

_____. **Razonamiento jurídico: elementos para un modelo**. 2ª reimp. México: Distribuciones Fontamara, 2009.

CORREAS, Óscar. El otro Kelsen. In: _____ (Comp.). **El otro Kelsen**. Cidade do México: UNAM, 1989.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEFFAINS, Bruno. Competition between legal systems: a comparative law and economics perspective. In: _____; KIRAT, Thierry (Orgs.). **Law and Economics in Civil Law countries**. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. p. 9-21.

DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 102, p. 215-253, jan/jun. 2011.

_____. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos Direito GV**, São Paulo, mar. de 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2856>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexões sobre o papel econômico do direito. In: _____; MINHOTO,

Laurindo Dias; SABADELL, Ana Lucia. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006a.

_____. **O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006b.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 175, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Reforma constitucional em período de globalização. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 90, p. 253-265, 1995.

FARJAT, Gérard. **Droit économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUE, Anne-Julia. Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law. **The American Journal Of Comparative Law**, Michigan, v. 57, p. 811-830, 2009.

FRANCE. Ministère de la Justice. **Rapport sur les professions du droit**. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2016.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Tudor Publishing Company: 1935.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARAVITO, César Rodríguez. **La globalización del Estado de Derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina**. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François. Une culture de droit mixte face à la mondialisation: de l'impacte de la multiplicité des langues et des traditions juridiques em droit québécois. In: CARVALHO, Evandro Menezes de; GREENSTEIN, Rosalind. **Integração normativa: o direito em um contexto multicultural e multilíngue**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito. In: **IV Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração**. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/ADE103.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUASTINI, Ricardo. Sur le néoconstitutionnalisme. Trad. franç. J. Mercier. In : **Le droit entre autonomie et ouverture**. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel. CHÉROT, Jean Yves Chérot et al (coord.). Bruxelles: Bruylant, 2013.

HARVEY, David. **A Brief history of neoliberalism**. New York: Oxford Press University, 2005.

_____. **Neoliberalismo: história e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: CalousteGulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFMAN, A.; HASSEMER, W (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 281-301.

HERVADA, Javier. **O que é direito?** A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012.

_____. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The common law**. Toronto: University of Toronto Law School; Typographical Society: 2011.

JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

JUNIOR, Gilberto Andreassa. Novo CPC contribui muito para razoável duração do processo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/gilberto-andreassa-cpc-contribui-celeridade-processo>>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. Barueri: Manole, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUNDMARK, Thomas. **Charting the divide between common and civil law**. New York: Oxford University Press, 2012.

MOUSOURAKIS, George. **Roman law and the origins of the civil law tradition**. Awkland:Springer, 2015.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. **Revista Sequência**, v. 21, n. 41. Florianópolis, p. 83-112, 2000.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico:uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Estado constitucional y derechos de la tercera generación. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 14, p. 545-570, 1997.

_____. La universalidad de los derechos humanos. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 15, p. 95-110, 1998.

POSNER, Richard A. **Values and consequences: an introduction to economic analysis of law**. Chicago: University of Chicago, 1998.

Disponível em:

<http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 dez.2016a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez->

29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>. Acesso em: 29 dez. 2016.

_____. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29set. 2016b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Cuidado: o canibalismo jurídico ainda vai gerar uma constituinte. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9jun. 2016c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/senso-incomum-cuidado-canibalismo-juridico-ainda-gerar-constituente>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20 dez. 2016

_____. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set.2016d. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 out. 2016e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____; ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA. The common law and civil law Traditions. **The Robbins Collection**, Berkeley, [s. d.]. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>. Acesso em 21 ago. 2014.

VALORIZAÇÃO de precedentes jurisprudenciais é destaque do novo CPC que entra em vigor hoje. **STJ – Notícias**, Brasília, 18 mar. 2016. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-\(18\)>](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-(18)>). Acesso em: 20 jul. 2016.

WORLD BANK. **Doing Business in 2004: understanding regulation**. Washington: Oxford University Press, 2004.

_____. **World development report 2002: building institutions for markets**. Washington: Oxford University Press, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antigüidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.