

set 2008

artigos DIREITOGV
working papers

**PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES:
FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA**

José Rodrigo Rodriguez

27



set 2008

artigos DIREITOGV
working papers

PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES:
FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA

José Rodrigo Rodriguez

27

 FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS



DIREITOGV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

COLEÇÃO DE ARTIGOS DIREITO GV (WORKING PAPERS)

A Coleção de Artigos Direito GV (*Working Papers*) divulga textos em elaboração para debate, pois acredita que a discussão pública de produtos parciais e inacabados, ainda durante o processo de pesquisa e escrita, contribui para aumentar a qualidade do trabalho acadêmico.

A discussão nesta fase cria a oportunidade para a crítica e eventual alteração da abordagem adotada, além de permitir a incorporação de dados e teorias das quais o autor não teve notícia. Considerando-se que, cada vez mais, o trabalho de pesquisa é coletivo diante da amplitude da bibliografia, da proliferação de fontes de informação e da complexidade dos temas, o debate torna-se condição necessária para a alta qualidade de um trabalho acadêmico.

O desenvolvimento e a consolidação de uma rede de interlocutores nacionais e internacionais é imprescindível para evitar a repetição de fórmulas de pesquisa e o confinamento do pesquisador a apenas um conjunto de teorias e fontes. Por isso, a publicação na Internet destes trabalhos é importante para facilitar o acesso público ao trabalho da Direito GV, contribuindo para ampliar o círculo de interlocutores de nossos professores e pesquisadores.

Convidamos todos os interessados a lerem os textos aqui publicados e a enviarem seus comentários aos autores. Lembramos a todos que, por se tratarem de textos inacabados, **é proibido citá-los, exceto com a autorização expressa do autor.**

Para além da separação de poderes: formalismo, dogmática jurídica e democracia

José Rodrigo Rodriguez

Envie seus comentários para: jose.rodriguez@fgv.br

Uma dificuldade é uma luz.

Uma dificuldade insuperável é um Sol.

Paul Valéry

1. Introdução: o formalismo como chantagem

Faz tempo que a crítica ao formalismo deixou de ser uma novidade. Há pelo menos um século, estudiosos do Direito dos mais diferentes matizes dirigem seus argumentos ao mesmo alvo; ou pelo menos se referem ao próprio alvo usando a mesma palavra.¹ Pode-se afirmar, sem medo do exagero que, ao longo de mais de cem anos, a crítica ao formalismo tem se confundido com a história das idéias jurídicas no ocidente. A qualificação “formalista” tornou-se uma ofensa fartamente distribuída; sinônimo de falta de sensibilidade para a realidade social e para a peculiaridade dos casos concretos.

Em razão do acúmulo deste mais de um século de significados negativos, há hoje tantos sentidos para a palavra quanto críticas orientadas pelo termo. A palavra teve seu sentido esvaziado pelo excesso de uso e, por isso mesmo, remete a sentidos demais, tornando quase impossível controlar seu campo semântico. Como a palavra “ser” em filosofia ou “poder” em política, é impensável utilizá-la no campo acadêmico sem tomar o cuidado de delimitar cuidadosamente o sentido que se lhe está emprestando. Afinal, apesar da vacuidade de seu sentido, “formalista” tem uma inflexão claramente negativa. Tornou-se o insulto favorito daqueles que pretendem apresentar novidades no campo jurídico que funciona como um aríete supostamente capaz de destruir qualquer obstáculo e abrir caminho para qualquer argumento. Não raro, aqueles que utilizam a palavra investem mais em qualificar negativamente seus adversários do que nos argumentos que deveriam sustentar a própria posição.

Desta forma, guardadas as devidas proporções, a palavra “formalista” funciona analogamente às palavras “fascista” e “racista”. Utilizadas de forma imprecisa no curso de um debate, lançam suspeitas tão graves sobre o destinatário que acabam por criar no auditório uma sensação de constrangimento em dar razão a seus argumentos. Diante de um “formalista” (ou de um “fascista” ou “racista”)

¹ A bibliografia sobre este ponto é imensa. Para uma visão panorâmica da questão, consulte-se MORRISON, 2006 e BILLIER & MARYIOLI, 2005 (especialmente o capítulo 7) para o pensamento europeu continental e HORWITZ, 1992 e FELDMAN, 2000 para a tradição norte-americana.

que siga o figurino da caricatura, somos imperiosamente forçados a escolher qualquer outra posição, seja ela qual for. Afinal, quem sequer pensaria em colocar-se ao lado de um “fascista” ou de um “racista” contra um homem de bem?

Para não cometer injustiças demais nessa breve descrição do uso do termo “formalismo”, talvez seja aconselhável adensar um pouco mais a caricatura para ganhar em precisão na descrição do senso comum sobre sua utilização. Assim, para o senso comum dos juristas críticos, um “formalista” seria alguém que se propõe a resolver problemas complexos a partir de abstrações vazias, procedimento que oculta a peculiaridade dos casos concretos, resultando em decisões insensíveis à singularidade dos mesmos. Conseqüentemente, ainda de acordo com a caricatura, são formalistas aqueles que colocam a coerência e a completude do sistema jurídico acima de qualquer valor, deixando em segundo plano as conseqüências sociais das decisões que se deve tomar.

O formalista ao contrário do filósofo - o amigo da sabedoria, pensador que vive em busca do inaudito, do inédito, do diferente - ama a tradição, o já sabido e a padronização. Por isso mesmo, seu esforço é reduzir o novo às regras já postas com o fim de zelar pela perfeição (quase estética) do sistema jurídico em detrimento de problemas reais de seres humanos reais. Sem a menor sombra de dúvida, alguém que pense desta maneira merece muito pouca consideração. O problema, como veremos, é a dificuldade de encontrar alguém que se enquadre nesta descrição.

Para piorar a situação, não poucas vezes as palavras “formalista” e “jurista” são usadas como sinônimas, deixando sem esperanças de salvação toda uma classe de profissionais supostamente dedicada a sabotar planos de ação bem intencionados levados adiante por governos, empresários, políticos e cidadãos. Nesse registro, os “formalistas” e o Direito em geral são obstáculos à realização dos fins socialmente desejados por insistir, irracionalmente, na certeza de seus raciocínios tão sistemáticos e precisos quanto vazios. E não é só: muitas vezes, o termo “formalismo” é utilizado como sinônimo de “dogmática jurídica”, o que complica ainda mais este imbróglio terminológico e ameaça obscurecer para sempre qualquer discussão sobre Direito e sobre pesquisa em Direito.

O uso de “formalismo” como sinônimo de “jurista” e de “dogmática jurídica” tem o charme de argumentos radicais que não deixam nada nem ninguém em pé. Eliminam a possibilidade de interlocução: diante deles, não é possível argumentar racionalmente. Restam apenas duas opções: concordar e colocar-se a favor do emissor ou discordar dele e tornar-se seu inimigo. Infelizmente, apesar de tantas contra-indicações, os pesquisadores em Direito, não apenas no Brasil, continuam a insistir neste registro caricatural, o que torna seus esforços menos analíticos e mais retóricos.

No entanto, a constância na utilização do termo é representativa em si mesma e não deve ser descartada de pronto por ser identificada com a insistência irracional de pesquisadores mal intencionados. Como veremos, há algo de concreto

e real aqui: é preciso compreender o porquê desta permanência antes de abandonar completamente este registro. Por isso mesmo, antes de falar positivamente da pesquisa em Direito, objetivo central deste texto, será preciso limpar o terreno para não reproduzir a confusão terminológica do senso comum da crítica ao formalismo.

O ideal para tanto seria contar a história das críticas ao formalismo no século XX e construir uma base sólida para uma *crítica das críticas* ao formalismo e de suas conseqüências; trabalho que estou desenvolvendo em outro texto, de maior fôlego. Os objetivos deste escrito são mais modestos. Após esclarecer o que entendemos por formalismo, levantaremos duas hipóteses sobre sua persistência para mostrar que esta forma de pensar, no que tem de patológica, está ligada a estruturas institucionais que, ainda hoje, organizam nossa sociedade e aparecem pressupostas à maioria das pesquisas sobre Direito produzidas no ocidente. A saber, trata-se do princípio da separação de poderes que, como é sabido, cristaliza determinadas relações de poder que é preciso discutir e questionar para compreender adequadamente a permanência do formalismo.

Antes de prosseguir, um esclarecimento. Adotarei aqui um conceito de separação de poderes que pretende dar conta do senso comum sobre o termo e não descer à especificidade das experiências nacionais. Não pretendo contribuir para a literatura sobre separação de poderes², apenas tomar o problema enfrentado por ela e relacioná-lo com o debate sobre o formalismo. Assim, faço minhas as palavras de M. J. C. Vile:

A "pure" doctrine of the separation of powers might be formulated in the following way: It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these three branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the function of other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch. In this way each of the branches will be a check to the others and no single group of people will be able to control the machinery of the State (VILE, 1998: 14).

² Vamos trabalhar com o senso comum sobre o Direito e o Estado sem reconstituir a experiência brasileira de Estado de Direito e relacioná-la com as experiências de outros países. Sobre esse ponto, ver VILE, 1998; HEUSLING, 2002; NEUMANN, 1986; RODRIGUEZ, 2004b e COSTA & ZOLO, 2006.

* * *

A primeira parte deste texto irá tratar do termo “formalismo” e sua utilidade para pensar a pesquisa em Direito. A partir de uma definição precisa de formalismo que pretende dar conta do senso comum da crítica, mostraremos como a discussão sobre a pesquisa em Direito ganha em força e precisão ao deixar de lado o registro antiformalista e concentrar-se na difícil tarefa de definir positivamente seus objetivos.

Em seguida, levantaremos duas hipóteses sobre a permanência da crítica ao formalismo no discurso atual, relacionando-a ao conceito de separação de poderes. Nosso argumento será o de que a crítica ao formalismo que não seja acompanhada da discussão sobre a centralidade do Estado e da separação de poderes dificulta sua aceitação pelos operadores do direito e pelos juristas em geral. Isto se deve ao fato de que tais críticas privam os juristas de um discurso claro sobre sua auto-identidade e sobre sua posição institucional e, por via de consequência, baralham a visão da sociedade sobre a função do Direito e do Poder Judiciário.

Por esta razão, segue nossa hipótese, a crítica ao formalismo tem ficado restrita à teoria do direito, atividade essencialmente especulativa, e não tem sido capaz de produzir efeitos permanentes e profundos sobre os diversos ramos do Direito, sobre os cidadãos e sobre os operadores do ordenamento jurídico. Estes últimos, situados na ponta do sistema jurídico, premidos pela necessidade de justificar decisões reais e enfrentar debates face a face com a sociedade e com representantes dos demais poderes, precisam de um discurso claro sobre sua função social e de uma definição precisa de sua posição institucional para conseguirem desempenhar suas tarefas a contento.

Se a teoria do direito afirma, por exemplo, que um Juiz não se limita a aplicar o Direito, ou seja, que a norma produzida pelo Parlamento não encerra o debate político, fica pressuposta uma mudança dramática na concepção tradicional da separação de poderes, da função do Estado e da função do Poder Judiciário. A menos que a teoria seja capaz de fornecer uma descrição convincente deste “novo Juiz” e desse “novo Estado” é de se esperar que suas descobertas fiquem apenas no plano da especulação e não sejam adotadas pelos agentes sociais reais. Nesse sentido, o juiz que afirma, contra todas as evidências, que apenas “aplicou a lei ao caso concreto”, não está, necessariamente, ocultando maliciosamente seus juízos de valor movido por más intenções ou por uma agenda política oculta. Ele está, acima de tudo, zelando por sua sobrevivência e por sua identidade profissionais perante os demais poderes e a sociedade. A menos que se crie um novo senso comum sobre a função do juiz, é de se esperar que afirmações deste jaez continuem a existir.

ESTE É UM ARTIGO EM ELABORAÇÃO. PROIBIDO CITAR SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR / WORKING PAPER. PLEASE DO NOT QUOTE

Mas isso não é tudo. É importante lembrar que discutir tais problemas significa colocar em questão a distribuição de poder entre os diversos estratos da sociedade; cristalizada em determinada configuração do aparelho estatal. As diversas formas de organizar o Estado não devem ser pensadas apenas como ferramentas de caráter gerencial, passíveis de avaliação por critérios de eficiência, mas também como formas diferentes de distribuir o poder entre os diversos grupos sociais. Parece natural, portanto, que determinados grupos sociais resistam a revisões da função do Estado e da separação de poderes, a começar pelos próprios juristas, juizes, advogados e passando por empresários, trabalhadores e outros.

Por todas estas razões, mostraremos que a tarefa mais urgente da pesquisa em Direito não é produzir mais uma crítica ao formalismo com resultados meramente destrutivos, mas sim a de construir um discurso positivo sobre o direito para além da separação de poderes que evidencie que a disputa de poder entre os grupos sociais está implicada no desenho das instituições. O restante do texto será dedicado à tarefa de pensar uma agenda de pesquisa em Direito numa formulação que se pretende *pós-formalista*, já discutida em outros textos (RODRIGUEZ, 2006, 2008). Qualifico minha posição de pós-formalista pois minha tentativa é integrar os raciocínios lógico-formais na racionalidade do Direito sem reduzi-la a eles, além de pensar para além das instituições baseadas no princípio da separação de poderes.

Está pressuposto a este raciocínio que vivemos uma era de renovação das instituições, resultado da ampla democratização de sua gestão e construção, cujo resultado é a instabilidade institucional permanente, que só poderá ser afastada ou neutralizada à custa da exclusão de diversos grupos sociais e de suas demandas. A pressão pela inclusão constante dessas novas demandas resulta na proliferação de novas estruturas institucionais, ou seja, da forma partilhar o poder entre os diversos grupos sociais. Muitas dessas instituições são descentradas do Estado e do território nacional, o que coloca em xeque a visão tradicional do Direito.

Argumentaremos que a pesquisa em Direito deve considerar a proliferação de novas instituições como algo normal, mesmo que elas ameacem a “identidade” Direito. Afinal, o que está em questão aqui é a inclusão de novas demandas sociais pela criação de novas instituições ou pela reforma das velhas. Vista deste modo, a discussão da racionalidade específica ao Direito torna-se um problema normal; comum a todo e qualquer trabalho de pesquisa. Portanto, ao invés de usar o registro da “crise do Direito”, passamos a falar das mudanças institucionais como algo corriqueiro, procurando critérios para orientar tais mudanças.

É tarefa da pesquisa estudar tais mudanças buscando dar-lhes um sentido global. O pressuposto aqui é que a pesquisa em Direito tem função ativa e construtiva, ou seja, ela também contribui para construir e transformar o código do Direito ao dar sentido a fenômenos aparentemente isolados e parciais. Nesse ponto, levantaremos a hipótese de que a Teoria do Direito tem falhado em dar conta destes problemas por trabalhar com um paradigma de dogmática jurídica inadequado para dar conta do que está de fato ocorrendo no nível da operação do

sistema, ou seja, o descentramento do Direito do Restado e o surgimento de órgãos especializados que lidam com uma linguagem técnica que pode colocar em risco a racionalidade jurídica.

Argumentaremos que estes fenômenos podem ser equacionados se reformularmos nosso modo de ver a dogmática jurídica. Tradicionalmente, pensamos a dogmática a partir do modelo da Teologia, que nos induz a pensar a atividade de solução dos casos como a aplicação de dogmas indiscutíveis. Na parte final deste texto esboçaremos uma visão da dogmática foge de metáforas teológicas e, por isso, torna-se mais adequada ao estado atual das instituições, além de contribuir para aprofundar a democracia ao explicitar a impossibilidade de controlar o poder a partir de um paradigma interpretativo centrado na idéia de subsunção.

Além disso, mostraremos que a postura, que relativiza a centralidade da separação de poderes, não ameaça a liberdade, o estado de Direito, a proteção dos Direitos Humanos etc. Há várias maneiras de institucionalizar a liberdade e controlar o poder que não passam, necessariamente, pela separação de poderes tradicional. Quanto a este ponto, mostraremos que o debate sobre a separação de poderes e sobre o papel do Estado influencia epistemologicamente, por assim dizer, toda e qualquer discussão sobre o Direito no mundo ocidental.

O argumento aqui é o seguinte: o modo de investigar e pensar o Direito depende diretamente da visão que o analista adote, explícita ou implicitamente, sobre o papel do Estado e da configuração da separação de poderes. Nesse sentido, a caricatura formalista vai a par da visão do juiz como boca da lei, ou seja, de uma visão rígida e pouco sofisticada da separação de poderes que não questiona a centralidade do Estado como fonte de Direito nem leva a sério a eventual necessidade de reformar o processo judicial e o Poder Judiciário. Para além da caricatura, mesmo visões mais sofisticadas da função do juiz, se não discutiram o pressuposto da separação de poderes, a função do juiz, o processo judicial e o papel do estado na solução de conflitos estarão contribuindo para a manutenção de um ponto cego para a crítica e, portanto, contribuindo para naturalizar uma certa forma de distribuir o poder entre os grupos sociais.

2. Nem todo formalismo é formalista

2.1. Dois estilos de formalismo

Sem a análise minuciosa de pelo menos um século de crítica ao formalismo, é difícil defender qualquer argumento de valor geral em face de autores ou tradições específicas. A amplitude do período em questão assusta qualquer analista prudente convidando-o à busca de parcimônia e precisão. Assim, a única maneira de proceder que me ocorre é tomar a formulação da caricatura do formalismo por seu valor de face, na esperança de dar conta do senso comum sobre o termo.

Por isso mesmo, não vou me referir aqui especificamente a nenhum autor ou escola supostamente formalista, evitando desconsiderar nuances que críticos mais sofisticados seriam capazes de apontar e que tirariam a força dos argumentos que aduzirei a seguir. Para os fins deste texto, usaremos o termo formalismo com dois sentidos diferentes, pois, acreditamos, é na tensão entre estes dois sentidos que podemos compreender parte da dinâmica institucional brasileira.

Assim, para os fins deste texto, formalismo irá significar:

a) A visão do direito que coloca em seu centro a aplicação mecânica do direito positivo. Entenda-se “mecânica” como a aplicação por meio de raciocínios lógico-formais, ou seja, por meio da subsunção do caso concreto à norma abstrata. Desta forma, um formalista é aquele que vê o Direito como caracterizado pela aplicação das regras por subsunção. Para identificar melhor esta posição, irei chamá-la de *legalismo*.

b) Chamaremos também de formalista a visão do direito que pensa suas categorias como dotadas de verdade transcendente ao direito positivo, seja em função de seu enraizamento e origem histórica; seja em razão de seu valor lógico ou racional. Este modo de ser formalista implica na naturalização das categorias dogmáticas, por isso mesmo, costuma-se atribuir a juristas com estas características a qualificação de “dogmático” sem mais, o que me parece um equívoco muito grave. Há pelo menos um século autores dogmáticos de diversos ramos do Direito têm defendido a adoção de raciocínios teleológicos em seu campo de saber e buscando pensar o sistema jurídico como um sistema aberto em permanente reconstrução, sempre em função dos novos problemas que se lhe apresentam (GOMES, MOTA PINTO, CANARIS, WIEACKER). Ao invés de utilizar a enganadora e equivocada expressão “dogmática” para designar esta maneira de ser formalista, parece mais adequado referir-se a ela como *absolutismo conceitual*. Neste caso, o formalismo decorre de se negar o caráter contingente e mutável aos conceitos e raciocínios jurídicos, que variam em função de mudanças no sistema jurídico, ou seja, novas leis e novas decisões das autoridades responsáveis por aplicar as normas jurídicas.

É importante marcar bem a diferença entre *legalismo* e *absolutismo conceitual*, pois, em minha opinião, esta distinção pode ajudar dar mais nuances ao debate institucional brasileiro, além de ajudar a compreender melhor a diferença entre o direito anglo-saxão e os países de família romano-germânica. Mas antes de tratar deste problema, é importante deixar a distinção mais clara.

Vamos imaginar que um jurista absolutista se ponha a analisar uma lei nova ou uma decisão judicial que crie uma nova interpretação de um determinado texto normativo. Porque ele pensa a partir da “verdade” do sistema e não do direito positivado, este jurista seria capaz de afirmar, sem pestanejar, que a nova lei ou decisão são contrárias ao Direito, por desrespeitarem a verdade transcendente de categorias dogmáticas absolutizadas. De fato, o jurista que pensa desta forma

aufere sua autoridade desta suposta verdade histórica ou transcendente, julgando o direito positivo a partir de seu conhecimento do verdadeiro Direito.

De sua parte, um jurista dogmático não absolutista, ou seja, que pense o Direito como um sistema aberto, mutável e histórico, pode decidir criticar esta mesma lei ou decisão, afirmando que ela destoa da lógica regulatória adotada neste ou naquele campo. Pode até mesmo advogar sua modificação e mostrar a dificuldade de torná-la compatível com outros elementos do direito posto. Mesmo assim, ele tomará como sua a tarefa de compatibilizar este novo elemento com o sistema existente. Seu papel não é identificar o verdadeiro Direito, mas ajudar a construir e reconstruir o ordenamento jurídico em função de novos problemas. Este jurista não é um repetidor, um zelador de uma perfeição “dada”, mas um construtor; um protagonista da atividade de reproduzir as instituições. O raciocínio dogmático não fala em nome de “verdades transcendentais”, mas é uma atividade prática e inventiva.

Como já mostrou Hans Kelsen, é muito difícil encontrar um caso em que haja apenas uma solução dogmática possível para um problema, seja ele novo ou velho. O dogmático é um pensador criativo, capaz de inventar soluções novas a partir de um conjunto de elementos dados (as normas produzidas pelas fontes de Direito). No limite, o *absolutista conceitual* nega esta característica criativa da dogmática e das autoridades aplicadoras e pensa a atividade jurídica apenas como redução do novo ao velho, adotando uma postura defensiva, por vezes conservadora, diante das mudanças institucionais.

A distinção entre estas duas posturas intelectuais do pensador dogmático, muito clara para quem trabalha no campo dogmático, passa completamente despercebida para pesquisadores, inclusive de Direito, que não estejam ligados a nenhum campo dogmático específico. Insisto neste ponto: é muito diferente pensar a dogmática como atividade de interpretação a partir de elementos dados e pensá-la como um absolutista conceitual que naturaliza conceitos e raciocínios em nome da perfeição lógica, da verdade histórica ou da racionalidade transcendente de determinados conceitos.

Talvez seja útil citar aqui alguns exemplos, mesmo que caricaturais, para que a distinção fique ainda mais evidente. É anedótica no campo do Direito de Família a persistência de categorias como “filho adulterino” em alguns manuais de Direito. Depois da Constituição de 1988, que afirmou a igualdade de direitos entre filhos havidos dentro ou fora do casamento; esta categoria dogmática não tem mais nenhuma utilidade e deve ser suprimida do estudo e da operação do ordenamento jurídico, a despeito de sua tradição, secular, ou de uma verdade metafísica qualquer. Provavelmente, o termo continuará a ser usado pela sociedade e receberá inflexões morais ou quaisquer outras, mas o fato é que ele perdeu todo e qualquer sentido para o Direito. Mantê-lo é, além de dogmaticamente incorreto, porque inútil para compreender ou operar o ordenamento jurídico, potencialmente lesivo aos filhos havidos fora do casamento, por justificar qualificações discriminatórias de seu estado.

Outro exemplo: a jurisprudência em matéria de responsabilidade civil tem condenado diversos vencidos a pagar *danos punitivos*, instituto que não existe explicitamente em nossa legislação, mas que é justificado com base em princípios e outros diplomas normativos. Para a visão clássica da responsabilidade civil, só pode haver condenação com base na culpa e seu valor deve ser calculado em função do dano causado. Na concepção clássica, a responsabilidade civil não seria adequada para punir ninguém em nome da prevenção de danos futuros. Mas o fato é que ela está sendo usada desta forma (PÜSCHEL).

Um dogmático absolutista irá criticar este desenvolvimento jurisprudencial, afirmando que ele fere de morte a racionalidade do sistema, pois desvia a responsabilidade civil de suas finalidades “naturais”. Um jurista dogmático não absolutista irá se comportar de outra maneira. Poderá levantar críticas ao Poder Judiciário e à solução dogmática adotada, mas incorporará o problema e a solução a seus raciocínios, reconstruindo o sistema jurídico, inclusive as categorias dogmáticas, para dar conta dele. Assim, sua definição de responsabilidade civil não poderá afastar a função punitiva e deverá ser desvinculada da idéia de culpa (PÜSCHEL, PUSCHEL).

Antes de prosseguir, seja-me permitida uma divagação, que me parece relevante para ressaltar a importância de se distinguir *legalismo* de *absolutismo conceitual*. Ao menos no que se refere ao debate atual, parece-me razoável afirmar que o *legalismo* é a maneira de ser formalista mais característica dos sistemas de *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos. De outra parte, na família romano-germânica, os formalistas tendem a ser *absolutistas conceituais* e não legalistas (WIEACKER, MOTA PINTO, VICÉN).

Uma das explicações para esta diferença é histórica. Nos países anglo-saxões, o formalismo na versão absolutista conceitual foi superado pela crítica dos autores realistas, mas foi retomado, já no século XX, na forma de legalismo. O absolutismo conceitual referia-se à crença, de feições jusnaturalistas, de que a *Common Law* era dotada de uma racionalidade intrínseca. Até onde posso compreender, o realismo norte-americano foi uma reação contra esta manifestação de absolutismo conceitual. Seu objetivo era mostrar que a criação do Direito dependia dos juízes e não de uma racionalidade intrínseca às séries de casos julgados.

Ao menos no que diz respeito aos EUA, o formalismo renasce com a discussão do papel das leis, fenômeno relativamente novo para esta tradição. No início do século XX, a existência de leis (*statutes*) não era uma questão relevante para esta tradição. Elas eram uma fonte de Direito de menor importância: o poder de criar o Direito era claramente dos juízes. Com a proliferação de leis, especialmente em razão de políticas de natureza social promovidas pelo Estado durante o *New Deal* (como a legislação antitruste, medidas de proteção social e outras medidas regulatórias), esta fonte ganha cada vez mais espaço e, com ela, surgem problemas institucionais e teóricos. Como compatibiliza-las com o poder dos juízes e como incorporá-las na descrição teórica abstrata da *Common Law*? (CALABRESI).

Este problema está longe de ter sido resolvido: os juristas norte-americanos seguem discutindo como integrar as leis à sua maneira de pensar e aplicar o Direito, problema que praticamente não existe entre juristas continentais. Isso não significa que o legalismo esteja ausente de nosso espectro político, mas, normalmente, não como uma posição de juristas, e sim de economistas, cientistas sociais, cidadãos ou outros agentes sociais (MACHADO, PÜSCHEL, RODRIGUEZ, 2007).

2.2. Pressupostos institucionais do formalismo

O formalismo, especialmente o legalismo, tem pressupostos institucionais evidentes, mas que normalmente ficam fora da discussão entre juristas. Tais pressupostos decorrem da ligação interna o legalismo e a idéia de que o governo deve ser feito com base em leis e não na vontade arbitrária dos homens. O direito tem sido identificado à subsunção não apenas em razão da miopia ou da teimosia de alguns analistas e operadores do Direito, mas porque subsumir é a função do Poder Judiciário no contexto da separação de poderes em sua visão clássica e esta forma de organizar a sociedade é a consolidação de certa maneira de distribuir o poder entre os grupos sociais.

O absolutismo conceitual, o formalismo dos juristas, como veremos, tem uma relação menos óbvia com o debate institucional. A princípio, podemos dizer que ele se coloca para além das instituições jurídicas, em uma posição olímpica a partir da qual fala em nome da verdade e não da reconstrução ininterrupta do ordenamento jurídico. O absolutismo confere aos juristas qualidades transcendentais e a capacidade de falar em nome da verdadeira racionalidade do sistema, concebido como um todo fechado.

Como é fácil perceber, abandonar esta perspectiva tem um significado profundo para a função e para a posição dos professores de Direito. É preciso abandonar a pretensão de falar em nome da verdade para analisar e reconstruir o sistema em função dos problemas jurídicos que se apresentam constantemente diante das instituições jurídicas. Como veremos adiante, no item dedicado a discutir o papel da Teoria do Direito, o abandono do absolutismo pode resultar na transformação do jurista num mero gestor da complexidade do sistema, sem qualquer postura crítica. Seu papel seria apenas organizar, passivamente, os elementos novos introduzidos no sistema pela lei ou pela jurisprudência, sem a possibilidade de criticá-los ou opinar sobre sua adequação e conveniência.

O problema é complexo e desafia mentes pouco sutis, pois o que está em jogo aqui, para retomar o que afirmamos acima sobre Hans Kelsen, são os motivos para optar por uma ou por outra solução dogmática dentre as várias possíveis diante de um mesmo problema social levado ao exame do sistema jurídico. O jurista exerce seu ponto de vista crítico levantando possibilidades de organizar as instituições, ou seja, adotando esta ou aquela interpretação para as leis pertinentes ao problema a ser enfrentado. É na diferença de interpretações, ou melhor, nas razões para optar

por uma determinada solução, que poderemos identificar o exercício da crítica. Voltaremos a este problema adiante com mais vagar. Por hora, retomemos a discussão sobre os pressupostos institucionais do formalismo.

Como dissemos acima, o legalismo e a idéia de subsunção que lhe é correlata, não existem apenas como conceitos teóricos. Quando olhamos o problema do ponto de vista da separação de poderes em sua concepção clássica, o juiz deve subsumir porque a discussão política, supostamente, já se resolveu no Parlamento; a sociedade já deliberou sobre suas divergências e adotou uma regra de conduta - a lei geral e abstrata - que servirá de referência para solucionar conflitos futuros sobre aquele assunto específico. Quanto a assuntos não previstos pelas leis estatais, é possível criar regras autonomamente por meio de negócios jurídicos, cujo principal exemplo é o contrato. As regras nascidas desta forma, pelo exercício da autonomia privada, também podem ser levadas ao Poder Judiciário e devem ser aplicadas conforme a vontade das partes: as regras criadas pelo Estado devem ser aplicadas conforme a vontade da sociedade representada pelo Parlamento.

Posto isto, podemos afirmar que, olhada do ponto de vista interno ao Direito, a subsunção é um método de aplicação das regras jurídicas correlato a uma determinada forma de pensar o direito (como sistema completo e coerente) que, tradicionalmente, permite caracterizar de certa forma a racionalidade própria a esta esfera social. Olhada de fora, a subsunção também tem um significado político, coerente com uma determinada visão da separação dos poderes e ligada a certo modo de ver o Estado e sua relação com a sociedade.

Em suma, ao subsumir, evita-se que a vontade da sociedade, expressa nas leis, seja despeitada. Além disso, trata-se de evitar que o Estado sujeite os cidadãos a normas em cujo processo de criação eles não tomaram parte, ainda que por intermédio de seus representantes. O direito liberal, classicamente, afirma que uma pessoa só é obrigada a cumprir as regras que criou para si mesma, ou seja, as regras criadas pelo Parlamento. Toda pessoa é, ao mesmo tempo, súdita e soberana, pois tem o dever de se submeter às regras e participa, mesmo que indiretamente, de sua criação. Por esta razão, o Estado só pode agir e as pessoas só podem ser obrigadas cumprir as regras se assim for decidido por seus representantes, ou seja, por sua própria vontade. No que diz respeito a normas nascidas da autonomia privada, a vontade estaria claramente ali, posta como fundamento dos contratos.

Certamente, esta não é a única forma de institucionalizar a liberdade. É possível pensar em outros modelos institucionais capazes de garantir a separação entre Estado e sociedade, a despeito da pobreza da imaginação social nesse sentido (VILLE, 1998; NEUMANN, 1986; UNGER, 2001). Em seu ensaio sobre Montesquieu, Franz Neumann afirma, enfaticamente, que é preciso abandonar o “peso morto” da separação de poderes para analisar as instituições políticas a contento (NEUMANN, 1957:142). Em sua opinião, a essência da separação de poderes está na manutenção da liberdade da sociedade em relação ao Estado, garantida pela possibilidade de que as decisões tomadas um poder sejam

examinada por outro, e não por numa estrutura rígida de três poderes com funções exclusivas. No fundo, a liberdade é garantida pela possibilidade de revisão das decisões por um órgão diferente daquele que a tomou.

While the independent judiciary can be considered the irreducible minimum of the doctrine of separate powers, the separation of administrative and legislative functions not only does not guarantee freedom, but hampers the utilization of the state's power for desired social ends. The power of the state is unified while a division of labor may and always will lead to a distinction between the various functions of the state, based on expedience not on dogma. Liberty is not threatened by legislative activity of administration but by such a structure of society that makes the rise of contending political forces impossible or difficult. A pluralistic social structure and a flexible multiparty system are far more important to liberty than the monopolization of legislation by the legislature and the reduction of the administrative power into a law-enforcing agency. The threat to liberty, inherent in the ascendance of administration, cannot be curbed by curtailing administrative activity but by subjecting it to parliamentary control and assuring popular participation in administration. (NEUMANN, 1957:143)

Esta longa citação de Neumann será explorada adiante, especialmente na parte final deste texto. Para o que me interessa neste ponto, cabe apenas dizer que, apesar de análises como esta, que proliferaram ao longo dos anos, ainda hoje permanecemos reféns da separação de poderes e da imaginação institucional que dela deriva (VILE, 1998: 8). No entanto, e esse é o ponto fundamental, não estamos diante de um problema puramente teórico, que demande apenas mais estudo ou esclarecimento. Trata-se de instituições que figuram e instrumentalizam posições de poder na sociedade, que precisam ser avaliadas juntamente com a teoria. É preciso lembrar esta questão crucial para bem compreender tudo o que está em jogo quando a idéia de subsunção perde a centralidade; tanto como prática dos agentes sociais quanto como categoria da pesquisa em direito.

Mas há mais. A contenção da ação do Estado pelas leis editadas pelo parlamento tem um significado econômico evidente. A existência de regras claras e estáveis favorece a atividade econômica ao garantir certeza para os negócios e segurança de que o Estado respeitará os interesses da sociedade, dentre os quais, o direito à propriedade privada e à livre iniciativa. De acordo com esta visão, o juiz formalista favorece a atividade econômica, pois não produz nenhuma surpresa, limitando-se a referendar o que já foi decidido no Parlamento.

Como se pode perceber, estou retomando algumas obviedades sobre o Direito e o Estado, pois acredito que é preciso discuti-los a par dos problemas ligados à subsunção. Por esta razão, prosseguimos: de uma perspectiva mais abstrata, a subsunção também está ligada à idéia de que o Estado tem o monopólio da produção normativa e da jurisdição dentro de um determinado território. Para esta visão do Direito, os conflitos sociais são regulados, principalmente, pelas regras

editadas pelo Estado e, em caso de conflitos que não sejam resolvidos espontaneamente pelas partes, a questão deve ser levada ao Poder Judiciário; o órgão competente para decidi-las e dotado de poder para impor suas decisões mesmo contra a vontade das partes. Neste registro teórico, não há alternativa à jurisdição estatal, exceto a solução do conflito pelas próprias partes, o que pode resultar no uso de violência. Por esta razão, o juiz é obrigado a responder a todas as demandas que lhe sejam apresentadas (vedação do *non liquet*), ou seja, tem o dever funcional de oferecer uma resposta ao conflito que lhe foi apresentado, seja para acolher ou para rejeitar as pretensões do autor da ação.

Ora, para que isso seja possível, o sistema jurídico deve ser completo e coerente, ou seja, deve conter regras capazes de fornecer ao juiz critérios para decidir todo e qualquer conflito, excluída a existência de normas incompatíveis entre si, pois elas permitiriam que o juiz encontrasse mais de uma resposta para o mesmo problema. A completude e a coerência do ordenamento jurídico, que presidem o pensamento dogmático olhado da perspectiva da subsunção, decorrem necessariamente do arranjo institucional que estou chamando aqui de separação de poderes em sua feição tradicional. São princípios que servem ao princípio da legalidade, ou seja, ao monopólio estatal da criação do Direito e da jurisdição.

Em suma, o formalismo, caracterizado pela idéia de que o juiz deve subsumir os casos às regras, liga-se aos seguintes pressupostos institucionais: (a) o monopólio estatal do poder de criar normas jurídicas e de decidir conflitos; (b) o poder judiciário concebido como instância competente por aplicar as leis produzidas pelo parlamento após o debate político e (c) a segurança e a certeza do direito que garantem aos cidadãos que o Estado aja de forma controlada e previsível conforme com a vontade da sociedade expressa nas leis.

Não há como discutir o formalismo jurídico sem tocar nestes pressupostos. Quando a aplicação das regras por subsunção deixa de ser tomada como o padrão da reprodução do Direito na sociedade, todos eles ficam em questão e, mais ainda, a identidade dos profissionais que ocupam as diversas posições institucionais relacionadas a eles. Para os fins deste texto, interessa apenas examinar a posição de juízes e pesquisadores em Direito (juristas). Vamos deixar de lado qualquer outra figura implicada nesta constelação institucional.

Antes de discutir esta questão, é importante constatar que, no campo da Teoria do Direito, a perda da centralidade da subsunção é o atual senso comum teórico entre os pesquisadores (ALEXY). É muito difícil encontrar um autor que defenda que a aplicação mecânica das normas jurídicas dá conta da atividade jurisdicional e, por conseguinte, da racionalidade do Direito. Os atuais defensores do formalismo não reduzem a atividade do juiz a operações lógico-formais. Não as excluem do horizonte, apenas as localizam no contexto de descrições mais complexas da racionalidade jurisdicional; descrições estas que consideram a aplicação formalista (lógico-formal) das normas uma opção específica, a ser adotada em determinados casos. Para justificar a utilidade de operações mentais

desta natureza, os teóricos se valem de raciocínios que lhes são anteriores e que não podem ser descritos como operações lógico-formais.

Um exemplo: Adrian Vermeule defende que os juízes devem adotar julgamentos formalistas por razões pragmáticas e consequencialistas, considerados os mais adequados para presidir a ação de jurisdição. Para ele, o Juiz que abandona o formalismo e se volta para problemas substantivos terá que lidar com pressupostos empíricos complexos e que demandam conhecimentos técnicos complexos. Ao se arriscar nesta racionalidade, o juiz será levado, por vezes, a fazer suposições sobre a realidade cuja verificação é difícil ou mesmo impossível de ser feita, por exemplo, a idéia de que uma sanção grave tem efeitos dissuasórios, um lugar comum considerado óbvio, mas cuja comprovação empírica ainda não foi feita de forma convincente.

Seja como for, continua o autor, diante de possíveis conseqüências desastrosas ou impossíveis de verificar de um julgamento baseado em pressupostos sobre fatos cuja dinâmica o juiz não conhece e nem poderia conhecer, é melhor optar por um modo de julgar formalista, preso ao texto da norma (VERMEULE, 2005). De outra parte, autores como Dworkin, Alexy e Schauer também desenvolvem teorias que acolhem o formalismo, mas o situam como parte integrante da racionalidade jurisdicional. Dworkin e Alexy distinguem princípios e regras e, por assim dizer, restringem a racionalidade formalista a estas, sem afirmar que a racionalidade da aplicação se resolve nela (DWORKIN, 1999, 2002; ALEXY, 2005). “Por assim dizer” pois, para os dois autores, será sempre possível que um caso aparentemente “fácil” se revele “difícil” quando variamos o princípio implicado na aplicação da norma. Já Frederick Schauer constrói um modelo normativo para a aplicação das normas em que o uso de raciocínios formalistas é uma presunção que pode ser afastada se houver boas razões para isto (SCHAUER, 1995).

Os exemplos poderiam se multiplicar a começar por Hans Kelsen que, já no começo do século XX, afirmava a impossibilidade de se obter uma única resposta para os problemas jurídicos: segundo sua teoria, cabe ao juiz decidir, por critérios políticos, qual interpretação das regras deverá adotada (KELSEN, 2002, 2003; PAULSON, 1990). A concordância teórica quanto à inadequação da subsunção é tão absoluta que, por exemplo, Alexy inicia sua *Teoria da Argumentação Jurídica* afirmando que, se há um ponto de concordância entre os teóricos é impossibilidade de descrever a racionalidade da jurisdição apenas com o uso da subsunção (ALEXY, 2005). Já em 1912, Carl Schmitt, então um jurista iniciante, afirmava, em seu livro de estréia *Gesetz und Urteil*, que a subsunção é uma “ficção infantil” e buscava dar conta da racionalidade jurisdicional apelando, de forma pioneira, para a comunidade dos juízes (SCHMITT, 1915).

Diante de tudo o que dissemos, parece-me espantoso que este debate tenha se desenvolvido no campo da Teoria do Direito sem grandes considerações sobre o problema da separação de poderes e sobre a posição do poder judiciário e da legalidade no contexto político mais amplo. Quase nenhum jurista se preocupou em

investigar as conseqüências institucionais da superação da subsunção e seu impacto sobre o princípio da separação de poderes. As análises têm se limitado a discutir se é possível ou não desenvolver teorias capazes de conferir racionalidade à atividade jurisdicional ou se devemos pensá-la apenas em função da subjetividade dos juízes considerados em concreto a exemplo das várias versões do realismo jurídico, que instaura um ceticismo radical sobre a possibilidade de submeter o processo de aplicação das normas a critérios racionais. Todas estas teorias (à exceção, evidentemente, do realismo jurídico), têm mantido sem discussão os pressupostos político-institucionais mencionados acima, poupando o princípio da legalidade de um exame mais radical.

Tal modo de proceder me parece um grande equívoco. Ao admitirmos que o juiz faz algo mais do que aplicar regras fica pressuposto que: (a) a criação normativa não termina com a deliberação que culminou com a produção da lei pelo Parlamento, ou seja, o juiz faz política; (b) o cidadão pode ser obrigado a fazer ou não fazer algo com base numa regra criada *ex post factum* por uma autoridade não eleita. Estes dois pressupostos desorganizam a estrutura padrão da separação de poderes e colocam em cheque a posição de agentes públicos e cidadãos diante das instituições.

Mas é bom ir devagar. De certa forma, a afirmação que fizemos acima pode ser dita injusta e imprecisa. Pode-se argumentar, contra ela, que a Teoria do Direito no último século tem se esforçado para “salvar” a racionalidade jurisdicional, a posição do Poder Judiciário e uma certa racionalidade do Direito ao desenvolver teorias capazes de descrever de outra maneira a relação entre a lei e o juiz. Desta forma, a separação de poderes e a função do judiciário poderiam permanecer inalteradas, abandonando-se apenas a idéia ingênua de que os juízes aplicariam as normas com base em raciocínios lógico-formais. “Aplicar a lei” não significaria mais enquadrar casos concretos em normas abstratas, mas realizar uma série de outras operações mentais que, igualmente, têm como finalidade fazer valer, no caso concreto, as leis postas pelo Parlamento.

Confesso ter dificuldade em aceitar este modo de ver a questão. O que está em questão aqui, olhando-se o problema de uma perspectiva mais ampla, é a crise da legalidade como forma de reprodução institucional e a conseqüente mudança do papel do Poder Judiciário e do Estado na solução dos conflitos sociais, o que deve resultar numa mudança da posição e da visão que temos sobre a atividade dogmática. Colocando a questão de forma mais clara, está em questão o impacto duradouro da democracia de massas e, mais recentemente, da mundialização da economia, sobre o modelo de organização institucional que o ocidente herdou do século XIX (BERMAN, 2004), ou seja, Estados nacionais estruturados conforme o princípio da separação de poderes. A crise do formalismo é um episódio da crise da democracia parlamentar; da incapacidade do sistema político tradicional de dar conta da complexidade social; traduzidas em demandas, dirigidas ao judiciário e ao sistema político. Vivemos ainda a crise da representação política (URBINATI, 2007) e, por via de conseqüência, do princípio da legalidade, da centralidade do Poder

Judiciário e do padrão de racionalidade adequado para descrever a aplicação das normas jurídicas.

Evidentemente, todos estes problemas precisam estar presentes na pauta da pesquisa em Direito. Mas não vamos nos adiantar à sua discussão, que fica para a última parte deste texto. Neste ponto da exposição, é importante consolidar alguns resultados. No que diz respeito ao debate sobre o formalismo, fique claro que, como acabamos de ver, ao menos no campo da Teoria do Direito, há amplo consenso sobre sua incapacidade de dar conta da realidade das instituições jurisdicionais. Os atuais defensores do formalismo situam a aplicação lógico-formal das normas no contexto de descrições mais sofisticadas da atividade jurisdicional, admitindo que os juízes têm papel criativo, ou seja, que são capazes de inovar o ordenamento jurídico, produzindo e alterando seu significado em atos sucessivos de aplicação. Ademais, como já mostrava Kelsen, a aplicação pode, até mesmo, atingir a validade das normas jurídicas criadas pelo Parlamento. Ao deixarem se ser aplicadas, caindo em desuso, as normas perdem a validade (KELSEN, 2003:237-238).

A aplicação define a configuração e o sentido das normas e é capaz de afetar sua validade: a idéia de que as normas são resultado da atividade interpretativa é amplamente aceita hoje pela Teoria do Direito. Os textos normativos, tomados em si mesmos, são inertes e despidos de sentido. Por óbvio, não são capazes de aplicar a si mesmos: para que se tornem úteis para a solução dos conflitos sociais, precisam da mediação de seres humanos dotados de autoridade para decidir conflitos. Para realizar sua tarefa, tais autoridades utilizam os textos normativos produzidos pelas fontes de direito e, em função dos casos concretos que se lhe apresentam, constroem as normas pertinentes; capazes fundar uma determinada solução. Texto e norma não se identificam: entre os dois está a mediação humana da atividade jurisdicional (MÜLLER, 2007; GRAU, 2002).

Diante dessas afirmações, centrais para a pesquisa e para o estudo do Direito, é de se perguntar se a descrição caricatural do formalismo que apresentei acima algum diz fez sentido; se nunca passou de uma utopia ou de uma ideologia. A idéia de um processo de aplicação não problemático, ou seja, que não esteja sujeito a divergências sobre a adequação das normas aos casos concretos e, ademais, livre de discussões sobre o sentido e a configuração correta das normas, é característico de algumas formulações radicais do ideal iluminista codificador. Siéyès, em um projeto de lei que propunha a criação de júris populares, defendia a abolição dos profissionais do Direito – *Gens de Loi*, como dizia - bem como das Faculdades de Direito com o fim de preservar as leis da deturpação das interpretações (SIÉYÈS: sd).

Nesta formulação radical, o ideal iluminista da Codificação significava a abolição do especialista em Direito e da mediação da jurisdição. O Código Civil deveria “falar por si”: sua construção seria tão racional, simples e clara que qualquer cidadão poderia abri-lo e, imediatamente, resolver qualquer caso concreto. O mero ato de interpretar o direito, nessa ordem de razões, significaria

usurpar o poder do legislador e frustrar a realização do direito. Todo o poder político estaria concentrado no Parlamento, local de assento dos representantes do povo.

O projeto de Siéyès, diga-se, nunca foi aprovado e os juristas responsáveis pela elaboração do Código Civil não partilhavam desta visão idealizada da aplicação. Mesmo diante desse código revolucionário, mitificado como cristalização da “razão escrita” e em plena era da exegese, havia a possibilidade de utilizar a analogia para resolver casos não previstos, tema que, evidentemente, geraria muita controvérsia entre os teóricos (BOBBIO, 1995).

É interessante notar, ainda que *en passant*, que utopias políticas como *A Cidade do Sol* de Tomaso Campanella e *A Utopia* de Thomas Morus condenavam, igualmente, os profissionais de direito e a aplicação das leis; idem os regimes autoritários (CAMPANELLA, 1966; MORUS, 1972; MÜLLER, 1992; NEUMANN, 1966; SILVEIRA, 1946). Ao que parece, toda doutrina que pretende ter identificado, de uma vez por todas, as leis que devem presidir a organização social não hesitam em condenar o direito e suas “manobras” como capazes de desvirtuar a “verdade” revelada e cristalizada em instituições “perfeitas”. Quanto mais perfeito e, por isso mesmo, mitificado for o texto legal, maior será a ojeriza à liberdade do juiz.

De qualquer forma, ao menos no que diz respeito à atual teoria do direito, a aplicação não é descrita como mera subsunção. Os defensores do formalismo não são formalistas segundo a caricatura: é muito difícil (ou mesmo impossível) encontrar alguém que se contente exclusivamente com a racionalidade lógico-formal como descrição da atividade de aplicar normas jurídicas. Ela pode estar sim presente, mas sempre em contexto, junto à diferenciação entre texto e norma, regras e princípios, entre outras formulações teóricas.

Diante dessas afirmações, o estudo dos atos de aplicação mostra-se essencial para a reconstrução dogmática do ordenamento jurídico: o exame das leis deve ser acompanhado do estudo da jurisprudência e dos atos de aplicação isolados, também responsáveis pela positivação do direito. Fica excluída a pertinência de análises que vejam o direito positivo estaticamente, apenas como texto normativo, sem levar em conta sua elaboração sob a forma de normas e o processo de atribuição de sentido levado a cabo pelas autoridades aplicadoras.

A dogmática jurídica no século XX ganhou novas feições em razão das mudanças que estamos apontando.³ Pode-se dizer que ela se tornou mais

³ O termo “Dogmática Jurídica” é usado para denominar a atividade de interpretar e sistematizar as normas jurídicas, cujo resultado é a obtenção de enunciados de caráter prático e de caráter teórico. Os primeiros destinam-se imediatamente a solucionar os conflitos apresentados às instituições jurídicas, p. ex: “No Direito brasileiro, segundo a legislação em vigor, a transferência da propriedade imóvel se faz por meio do registro público”. Os segundos permitem compreender o funcionamento do ordenamento jurídico no que diz respeito à sua estrutura conceitual e, apenas mediamente, estão ligados a necessidades práticas. Por exemplo: “No Direito brasileiro, propriedade privada significa X.” Como esses enunciados teóricos podem ser encontrados em textos jurídicos de caráter doutrinário, alguns juristas entendem que os termos “Dogmática Jurídica” e “Doutrina Jurídica” se

preocupada com os problemas jurídicos e com os casos concretos do que com a perfeição formal do ordenamento. Conceitos dogmáticos inadequados para lidar com as normas jurídicas têm sido constantemente reconstruídos (WIEACKER, 1993; RIPERT, 1936; GOMES, 1955) e a jurisprudência tem sido amplamente examinada e criticada, em função dos problemas enfrentados pela sociedade, traduzidos em demandas dirigidas ao Poder Judiciário. É claro, há textos de má dogmática que deixam de lado todas estas questões, mas isso não autoriza identificar dogmática jurídica e formalismo. Veremos adiante que a renovação da Teoria do Direito passa pela incorporação dessa nova visão da dogmática jurídica, o que implicará em afastá-la da metáfora tradicional que a aproxima da Teologia e vê as regras jurídicas como dogmas indiscutíveis que devem ser aplicados a casos concretos (LUHMANN, FERRAZ Jr.).

Outro desenvolvimento importante na dogmática é a valorização do ordenamento jurídico como sistema aberto de regras e princípios (CANARIS, 1996; ESSER, 1961) que devem ser levados em conta na reconstrução conceitual do direito positivado. A preocupação com os princípios nos diversos ramos dogmáticos, a despeito do mau uso que se possa fazer deles em certos casos, é sinal da renovação da dogmática. Ela passa a acolher os valores e as mudanças sociais por meio de raciocínios voltados para os problemas em concreto e para os princípios, que os captam e os traduzem para a linguagem jurídica. É importante dizer que a incorporação dos princípios pode aumentar o grau de formalismo e arbitrariedade se eles forem encarados como proposições abstratas das quais se possam derivar quaisquer argumentos. Não há espaço para discutir este problema aqui, mas é importante mencioná-lo para deixar claro que a valorização dos princípios só será sinal de renovação da dogmática ela implicar na alteração do modo de pensar lógico-dedutivo.

O crescente ativismo judicial olhado, muitas vezes, com desconfiança e classificado como “judicialização da política” (VIANNA, 1999), ou seja, como uma usurpação do poder legislativo dos representantes do povo, é a contraparte necessária de todo este processo. Um século como o século XX, que viu nascerem movimentos sociais de massa, partidos políticos e organizações não governamentais, foi obrigado a acolher em seu ordenamento jurídico demandas as

identificam. A função social da Dogmática Jurídica é formalizar o exercício do poder pela submissão dos órgãos responsáveis pela aplicação das normas a um determinado procedimento intelectual no processo de tomada de decisões. Esta formalização serve principalmente a dois objetivos: lidar com a indeterminação do direito e fornecer critérios racionais para a tomada de decisões. É importante notar que há outros mecanismos para formalizar o exercício do poder decidir. Pode-se citar como exemplo o processo judicial que institucionaliza procedimentos para a proposição e o processamento de ações judiciais. A Dogmática Jurídica cumpre sua função na condição de sistema de representações e de raciocínios estandarizados partilhado pelos participantes do sistema jurídico. É uma questão em aberto saber se este modo de pensar liga-se necessariamente à estrutura institucional que tem no Poder Judiciário o centro da solução dos conflitos levados ao Estado. Mudanças nessa estrutura fazem necessário colocar em questão a capacidade da Dogmática Jurídica de exercer seu papel.

mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos. Este processo, de nascimento a articulação judicial de demandas não apresenta sinais de se esgotar e é o fator sociológico que impulsionou as mudanças no Direito a que estamos nos referindo; mudanças que “desorganizaram” as estruturas institucionais e dogmáticas que herdamos do século XIX (NEUMANN, 1986; RADBRUCH, 1936; RODRIGUEZ, 2008; BERCOVICI, 2008).

Nesse sentido, a defesa de um ideal de certeza e segurança jurídica que não leve em conta tal processo assume feições conservadoras ao negar à sociedade a possibilidade de alterar as instituições para melhor acolher os interesses em conflito, o que pode resultar na perda de legitimidade do Estado de direito. A defesa do formalismo e das instituições tradicionais, se não for bem matizada e justificada, pode resultar na defesa da exclusão de novas demandas dirigidas ao ordenamento jurídico e na defesa do controle tecnocrático sobre o devir do Direito.

Esta afirmação também vale, diga-se, para a criação de estruturas regulatórias internacionais e transnacionais que, normalmente, são vistas como ameaças à ordem nacional e ao Direito, mas que, na verdade, podem ser vistas como formas de institucionalizar certas demandas que só poderiam ser atendidas por meio de estruturas deste tipo. Por exemplo, a proteção do meio ambiente e a proteção do trabalho são assuntos que, em regimes capitalistas, por natureza, exigem regulação transnacional. Afinal, de pouco adianta que apenas um grupo de países proteja o meio ambiente se outros o destroem para baratear seus custos de produção. No longo prazo, o resultado será negativo para todos.

Da mesma forma, a proteção trabalhista territorialmente localizada abre espaço para o *dumping social*: algumas empresas e Estados se aproveitam do baixo custo da mão de obra em certos países para produzir mercadorias a preços baixos, utilizando-se, muitas vezes, de formas de trabalho condenadas nos países centrais. Podem-se fazer afirmações semelhantes referentes ao fluxo mundial de capital financeiro, à lavagem de dinheiro, ao tráfico de drogas e a tantos outros problemas que apenas a mundialização da economia e a regulação jurídica para além das fronteiras estatais têm permitido tratar a contento.

Trataremos adiante deste problema: a centralidade do Estado como fonte do direito. Para o que nos interessa discutir neste ponto, basta afirmar que o formalismo deve ser estudado em conexão com as demandas sociais sempre renovadas, e com as mudanças ocorridas nas sociedades. Caso contrário, estaremos vendo o Direito como um elemento neutro e inerte, cujo papel seria o de reproduzir certa formação social, ou seja, uma certa relação entre classes e grupos sociais, julgada como desejável para todo o sempre. A mitificação da separação de poderes tradicional está estreitamente ligada a este problema.

Este é o ponto fundamental que transparece após esta exposição: é preciso estudar o Direito como estrutura mutável e não como mecanismo eterno de reprodução da sociedade. Estudar o Direito com olhos de zelador do direito posto e

das instituições atualmente existentes é, por vias tortas, barrar as mudanças sociais que desafiam o direito sob a forma de demandas dirigidas ao sistema político e ao poder judiciário. Talvez seja adequado, após termos feitos todas as advertências sobre os perigos em utilizar o termo “formalismo” sem o devido cuidado, emprestar a ele um sentido mais profícuo, ainda que pejorativo.

Assim, a partir de agora, “formalista” passa a designar todos os teóricos ou agentes sociais que naturalizam o direito posto e sua racionalidade, ou seja, a forma atual do Estado e da separação de poderes, transformando em dogma estruturas históricas e mutáveis; e emprestando à pesquisa em Direito uma postura defensiva e conservadora; incapaz de especular sobre possibilidades diversas de organização institucional.

3. Duas hipóteses sobre a persistência do formalismo

Se o formalismo tem sido tão criticado e é considerado superado como descrição da racionalidade do Direito, porque este problema insiste em retornar à pauta? Qual a necessidade de discutir este tema, gasto pelo peso de um século de ataques dos mais diversos calibres? Para compreender a necessidade de continuar a criticar o formalismo, é importante distinguir: (a) o formalismo como racionalidade do direito, (b) o formalismo como modelo de aplicação das normas jurídicas e (c) o formalismo como autodescrição dos operadores do direito, especialmente do juiz; (d) o formalismo como autodescrição da sociedade em sua relação com o Direito, especialmente quanto aos agentes políticos e econômicos.

Até agora, falamos apenas de (a) e (b). Sabemos que boa parte da Teoria do Direito não aceita descrever o direito como formalista e que pensa a aplicação das regras de maneira mais complexa, sem reduzi-la a operações lógico-formais. Além disso, quanto ao problema (a), há uma profunda e sutil discussão sobre qual é o critério capaz de diferenciar o Direito das demais esferas sociais, problema que passa pela obra dos maiores pensadores desse campo, pelo menos a partir do começo do século XX. Não vamos tratar desse tema aqui.

Ao nos voltarmos para os problemas (c) e (d), embora o façamos com olhos de pesquisador, estamos mais longe da teoria e mais perto da realidade, ou seja, mais perto do funcionamento real do poder judiciário e do ordenamento jurídico, ou seja, das representações que fazem parte da ação prática destes personagens; e mais longe do desejo de conceituar, de captar a realidade por meio de figurações abstratas.

Assim, quanto a estes dois problemas, minha hipótese é a de que, no caso do juiz, abrir mão do formalismo significa colocar em risco de forma aguda sua auto-identidade e sua posição institucional. Quanto aos agentes econômicos e políticos, abrir mão do formalismo é colocar em risco as posições de poder que eles ocupam, como discutiremos em detalhe adiante. Mas, diante do que dissemos, já é possível afirmar que construir críticas teóricas ao formalismo sem tocar nas posições de

poder que se referem a ele equivale a usar um canhão para matar um mosquito⁴, ou seja, significa usar todo um arsenal conceitual para lidar com um problema que se coloca em outro nível, o das representações que informam a ação dos agentes do ordenamento, ou seja, o campo da ideologia.

3.1. A resistência de juízes e juristas

Um pesquisador, a menos a princípio, deve sua identidade às instituições universitárias e não coloca em risco sua posição ao buscar outras maneiras de dar conta do Direito. No caso do juiz, assumir seus juízos de valor para além do texto das normas pode resultar em acusações de usurpação do poder legislativo, parcialidade diante dos casos concretos e comprometimento da certeza e segurança do Direito. Por esta razão, essa é nossa hipótese, tenderia a sobreviver no nível da autodescrição dos operadores do direito e desaparecer do campo teórico. De fato, o formalismo aparece no discurso de juízes, advogados, promotores e imprensa, todos, tendo como pressuposto a visão tradicional de separação de poderes.

No entanto, mesmo no campo da teoria, especialmente entre juristas que lidam com dogmática jurídica, este quadro não se confirma. O formalismo permanece nas formulações teóricas, a despeito das distinções feitas acima. A que deve este fenômeno? Minha hipótese aqui é a seguinte: no Brasil, diante da confusão entre pesquisadores de Direito e operadores do Direito e da prevalência da lógica do parecer como padrão do trabalho acadêmico (NOBRE, 2003; FRAGALE & VERONESE, 2004), a pesquisa em Direito tende a sofrer de maneira mais aguda as pressões da prática profissional. Como as atividades de pesquisador e operador do Direito confundem-se, muitas vezes, nas mesmas pessoas, abrir mão do formalismo para os pesquisadores torna-se mais difícil. Tal hipótese, se comprovada, ajudaria a explicar a dificuldade de alguns dogmáticos em abrir mão do formalismo como racionalidade característica do direito.

Se não, vejamos. Se tirarmos as consequências das mudanças institucionais a que nos referimos no item anterior para a caracterização da função do juiz e do jurista, chegaremos a uma descrição muito diferente daquela que perpassa o senso comum. Como já dito, um juiz que não se limita a aplicar mecanicamente a lei é obrigado a justificar sua decisão com argumentos não redutíveis ao assim denominado “silogismo jurídico”, fazendo referência a argumentos de valor, ainda que sob a forma de princípios, que têm natureza de norma jurídica.

⁴ Este é o caso do texto de PEREIRA & MATTOS, com cujas conclusões é difícil não concordar, ao menos do ponto de vista da teoria. Como o artigo usa um conceito de formalismo bastante amplo, mas que, a despeito disso, não abarca boa parte dos problemas discutidos neste texto, especialmente no que se refere às posições de poder que favorecem a permanência do formalismo, fica muito difícil estabelecer um diálogo profícuo com esta louvável tentativa de identificar as razões para a permanência do formalismo.

Como já ficou evidente no item anterior, se tomarmos como pressuposto a divisão de poderes em sua concepção tradicional, a necessidade de justificação valorativa da sentença coloca em cheque o Estado de Direito, especialmente diante do senso comum. Como explicar para a esfera pública que o juiz não se limita a aplicar as normas e tem uma atividade criativa? Diga-se de passagem que, ao que tudo indica, o vocabulário da aplicação das normas e do formalismo ainda é predominante na esfera pública brasileira. Ele aparece no discurso de movimentos sociais, cidadãos, pesquisadores e imprensa (RODRIGUEZ et alii, 2008; RODRIGUEZ, 2008) a par da concepção tradicional de separação de poderes. Estamos longe de construir um novo senso comum sobre a função jurisdicional e sobre o Direito que veja o ativismo judicial como normal e o processo de aplicação das normas como relativamente indeterminado. Diante disso, nossa hipótese é a de que a autodescrição dos juízes continua a se fazer com referência à subsunção, reforçando a visão tradicional do Poder Judiciário.

Outro complicador para este problema são as mudanças que vêm ocorrendo na estrutura do Poder Judiciário. Elas têm levado os juízes a, cada vez mais, desenvolverem atividades que não se identificam com o exercício da jurisdição. Pesquisas empíricas sobre o Sistema de Justiça brasileiro demonstram que o Poder Judiciário estadual tem criado órgãos destinados à solução de conflitos que fogem do padrão da Justiça Comum. Tais órgãos criaram procedimentos menos formais, com maior oralidade, mais ênfase na conciliação do que no julgamento dos conflitos e sem exigência de atuação de advogados, o que coloca o juiz em contato direto com as partes. Como exemplo destes órgãos, temos os Juizados Especiais (cíveis e criminais), Juizados Especiais de Conciliação e Centros Integrados de Cidadania (CICs) (GALANTER: 1993; SADEK: 2001a, 2001b; HADDAD et alii: 2003; ADORNO: 1995; CUNHA, 2007; FAISTING: 1999).

Em cada um desses órgãos, atribui-se ao Juiz o exercício de tarefas diferentes. Nos *Juizados Especiais* o procedimento exige que o Juiz dê menos atenção ao formalismo dos atos processuais, favoreça a manifestação oral em lugar da manifestação por escrito e busque mediar os conflitos, visando a obter a conciliação entre as partes. Nos *Juizados de Conciliação*, pede-se que o Juiz atue principalmente como mediador e deixe de proferir sentenças, visando a obter a solução pacífica do conflito. Nos *CICs*, além de atuar como mediador, o Juiz deve trabalhar em equipe, relacionando-se com as outras instituições que formam o *Centro...* (Ministério Público, Delegacia de Polícia, Assistência social p. ex.) para assumir um papel, em meio a vários outros, no processo de solução do conflito social levado a este órgão.

Algo de muito semelhante ocorre no que toca ao segundo ponto de que prometemos tratar: a auto-imagem dos juristas. Tomando como pressuposto o formalismo, a função de um jurista seria a de, basicamente, estudar as normas e organizá-las em um sistema completo e coerente, criando conceito capazes de oferecer ao operador do Direito diretivas seguras para a solução dos casos concretos. Segundo esta concepção, porque a “verdade” do Direito está nos textos

normativos produzidos pelo Parlamento, seu exame permitiria resolver o processo de aplicação das normas com os estudos doutrinários. O exame dos casos reais e do funcionamento dos órgãos aplicadores ficaria em segundo plano.

Uma dogmática não formalista; pensada contra o formalismo, terá que se preocupar com os casos concretos e que levar em conta as mudanças sociais na construção de seus conceitos. Ela deixará de falar em nome da “verdadeira” aplicação, pois, de fato, sua atividade torna-se secundária em relação à ação dos operadores do direito, mais especificamente, os juízes. Digo “secundária” não para desqualificar o jurista, mas para deixar claro que é a autoridade e não o doutrinador o protagonista do processo de positivação do direito. São os juízes e não os juristas os responsáveis por construir normas a partir dos textos normativos produzidos pelas fontes de Direito com o fim de resolver casos concretos. É importante lembrar que o ensino do Direito tem um papel a desempenhar aqui, já que juristas formalistas formam alunos que irão desempenhar a função de operadores do ordenamento jurídico. Atualmente, a doutrina e suas preocupações sistemáticas e não o estudo de problemas, é muito forte na formação dos alunos, portanto, é de se imaginar que esta formação tenha influência sobre a postura dos juízes no desempenho de suas funções; e que uma mudança no padrão de ensino ajude a superar o formalismo (PÜSCHEL, 2006).

Mas retomando o fio da exposição, num registro não-formalista, o papel do jurista fica parecido com o de qualquer outro teórico em ciências humanas. Sua função é elaborar hipóteses sobre o desenvolvimento dos atos de aplicação, investigá-los; também aos textos normativos, e atribuir a eles determinado sentido. A dogmática passa a ter um momento empírico necessário (AARNIO, 1992; RODRIGUEZ, 2008), que consiste na observação e análise dos atos de aplicação das autoridades confrontados com os textos normativos.

Não cabe ao jurista deduzir, diretamente, a partir dos textos normativos, respostas para casos concretos futuros, esperando que as autoridades simplesmente sigam sua opinião. Esta atividade também faz parte de suas funções, mas sua tarefa principal passa a ser observar e analisar os atos de aplicação; analisar seu modelo de justificação e seus pressupostos; atividade que pode culminar com a mera crítica da aplicação conforme atualmente praticada ou com a proposta de alternativas que visam a influenciar os operadores do direito.

Seja lá como for, o jurista não é mais o detentor da “verdade” do direito. Ele é um pesquisador que estuda determinadas instituições que se reconstróem constantemente a partir de um conjunto de textos normativos dotados de autoridade e renovados pela criação contínua de novas regras, novos atos de interpretação ou pelo desuso, com o fim de solucionar os conflitos sociais apresentados ao sistema de justiça. Veremos adiante com mais detalhes o papel que a Teoria do Direito deve ter nesse novo contexto institucional.

Uma dogmática praticada a partir desta visão do papel do jurista perde em autoridade na mesma medida em que os textos normativos passam a serem vistos

como ponto de partida e não como ponto de chegada da interpretação. É claro que o doutrinador sempre almejará influenciar os operadores do direito; ser citado e influenciar os atos de aplicação. No entanto, insisto, porque ele não tem, como o aplicador, autoridade para positivar o direito, seu papel neste processo é mediato. A partir da pesquisa empírica e análise dos atos de aplicação e do exame dos textos normativos, irá construir conceitos capazes de facilitar a operação do ordenamento jurídico e, eventualmente, propor soluções para os problemas enfrentados pelo Direito (AARNIO, 1996); soluções estas que não tem nada de “verdadeiras”, mas se pretendem apenas razoáveis.

Diante do exposto, é de se esperar que juízes e juristas resistam a tirar conseqüências da incapacidade da subsunção em dar conta da racionalidade do Direito. Os primeiros, como já dito, vêm sua função perder nitidez na mesma medida em que sua relação com as leis se modifica e o Direito ganha em indeterminação e contingência. De sua parte, os juristas também assumem outro papel e se tornam essencialmente pesquisadores e não autoridades com posição privilegiada para decifrar os textos jurídicos e resolver todos os problemas da “aplicação” com golpes de doutrina.

Neste novo quadro, pós-formalista, a redefinição destas funções exige a formação de um novo senso comum sobre o Direito que esclareça aos olhos da esfera pública a identidade profissional de juízes e juristas para além das funções tradicionais do Poder Judiciário no contexto da separação de poderes. Na falta dele (ou mesmo em sua presença) é de se esperar que haja resistências em abandonar este modo de pensar. Não estamos tratando apenas de questões culturais, mas do enfraquecimento de posições de poder, institucionais e simbólicas.

3.2. Legalidade, sociedade civil e economia

A resistência a abandonar o formalismo e a subsunção não vem apenas da classe dos juízes e dos juristas. Por hipótese, podemos imaginar que tal resistência também venha da sociedade, especialmente de agentes econômicos e agentes sociais interessados em satisfazer seus interesses diante o Estado. Como no item anterior, os argumentos articulados aqui são mais uma especulação a partir dos problemas apontados item 2 deste texto do que do resultado de pesquisas organizadas. No entanto, acreditamos que as hipóteses levantadas sejam razoáveis. Neste caso específico, há indícios de que parte do pensamento econômico praticado atualmente ainda veja no formalismo algo de extremamente positivo (TRUBEK, 1972, 2006; SANTOS, 2006; MILACIC, 2007; ARIDA, 2005; ARIDA & BACHA, 2004).

Para a concepção de senso comum sobre a relação entre Direito e Economia, cabe ao direito gerar certeza e segurança para a realização dos negócios. Ora, se elevadas à condição de valores supremos do ordenamento jurídico, a certeza e a segurança passam a excluir demandas que possam vir a questionar a distribuição de poder cristalizada nas instituições atualmente existentes.

Lembremos que, como discutido no item 2 deste texto, a separação de poderes e toda a estrutura de regulação não são apenas meios técnicos para garantir maior eficiência para as atividades da sociedade. Sua estrutura implica em certa divisão de poder entre sociedade e Estado e entre os grupos sociais. Por exemplo, se tomarmos um setor como a regulação empresarial, pode-se dizer que a valorização da auto-regulação em detrimento da edição de leis sobre determinado assunto implica na transferência de poder do Estado para os agentes econômicos. Da mesma forma, a definição legal do que seja o casamento retira poder da sociedade de atribuir determinadas consequências jurídicas a relações que não se enquadrem na definição legal.

Análises deste tipo, que relacionem formas institucionais e os interesses dos grupos de poder, podem ser feitas tomando-se qualquer estrutura regulatória, mais ainda na análise das instituições do Estado de Direito (NEUMANN, 1986; RODRIGUEZ, 2008). Wieacker se referia ao resultado de análises deste tipo como “modelo social de direito” (WIEACKER, 1993). Lembremos que, historicamente, a criação do Parlamento marca a vitória da burguesia no campo político. Esta instituição, responsável por editar as leis que devem orientar governo e cidadãos, impede que os poderosos ajam arbitrariamente ao submetê-los a regras que dão a seus atos previsibilidade e consistência ao longo do tempo.

Já vimos como o formalismo pode favorecer a economia, caso se compreenda esta relação exclusivamente a partir da idéia de certeza e segurança jurídica. Há teóricos como Schumpeter que complicam o problema, adicionando à relação entre direito e economia a questão da legitimidade (SCHUMPETER, 1984). Nesse registro, além de gerar mais e mais riqueza, a economia precisa fundar-se na adesão dos cidadãos. A despeito disso, ao menos para parte do pensamento econômico, a certeza e a segurança são considerados os valores centrais e, assim, o papel do Direito seria apenas o de fornecer regras claras e estáveis para o bom andamento dos negócios e fazer valer a vontade das partes expressas nos contratos. Como sabido, vai embutida nesta tese a convicção de que os mercados serão capazes, por si mesmos, de distribuírem a renda da forma mais eqüitativa e justa, e com menor custo, sempre em função do esforço desenvolvido pelos cidadãos e da demanda pelos produtos oferecidos. Meu objetivo aqui não é criticar este modo de pensar a relação entre Direito e Economia, mas sim apontar a afinidade eletiva entre esta visão e o formalismo jurídico (WEBER, 1999; TRUBEK, 1972).

Afirmar que a aplicação das normas é um processo criativo e dinâmico que permite mudar o sentido dos textos legais produzidos pelo Parlamento assusta os economistas (não apenas os economistas...) que rezam por esta cartilha. A relativa indeterminação do processo de aplicação das normas - sejam elas nascidas de textos legais ou da autonomia da vontade - que para o Direito é um fato corriqueiro, pode assustar não apenas os economistas, mas, na falta do novo senso comum sobre o Direito a que nos referimos acima, toda a sociedade. Quanto mais próximo se estiver da visão tradicional da separação de poderes pior. Como já visto, nesse

caso, a idéia mesma de interpretação das normas passa a ser vista como problemática.

Há muito tempo discute-se a possibilidade de produzir certeza e segurança jurídica mesmo diante da indeterminação do direito (NEUMANN, 1986; RODRIGUEZ, 2008; PISTOR & XU, 2004) mas, de qualquer forma, ao menos no que diz respeito ao discurso dos economistas que têm orientado este debate no Brasil, não parece haver uma especial predileção por esta característica do Direito, a despeito do seguinte argumento: a indeterminação das normas permite que elas se adaptem a problemas novos, diminuindo a necessidade de criar novas leis por meio dos intrincados mecanismos do processo político parlamentar.

Esta afinidade eletiva entre formalismo e certo pensamento econômico, por incrível que pareça, replica-se quando examinamos a relação entre movimentos sociais e Direito. De novo, é importante lembrar que estamos apenas levantando hipótese que, no futuro, podem vir a serem verificadas ou não por pesquisas empíricas. Mas há indícios: em uma pesquisa realizada em 2007 sobre a estratégia do movimento negro para promover o reconhecimento jurídico do racismo, constatou-se que, numa primeira análise, o esforço maior desse movimento foi o de aprovar leis que tratassem especificamente do tema (RODRIGUEZ et alli, 2008). Não foi constatada a existência de uma estratégia que explorasse as possibilidades de interpretação das leis já existentes, caminho que se apresentou no horizonte, mas não ganhou proeminência. Ao que tudo indica, o objetivo central deste movimento social era lutar pela criação de leis e exigir que o judiciário as aplicasse de forma estrita para não frustrar a vontade de do legislador. Estamos diante, novamente, do imaginário formalista, estritamente ligado à concepção tradicional da separação de poderes.

Importante dizer que esta foi a primeira vez que uma pesquisa no Brasil apontou para este problema, o que nos leva a pensar em algumas questões. Nos EUA, o ativismo judicial foi motivado pela ação dos movimentos sociais, com resultados muito mais expressivos em termos de mudanças de políticas públicas via Poder Judiciário. É claro, restaria estudar porque o mesmo não ocorreu no Brasil mas, de qualquer forma, para o que interessa dizer neste ponto da exposição, parece razoável levantar a hipótese de que a mesma relação entre movimentos sociais e Direito que encontramos no âmbito do movimento negro domine outros grupos sociais e os cidadãos em geral, ou seja, o imaginário do formalismo domina a cena social.

Claro, seria necessário comprovar com mais dados essa afirmação, assim como as assertivas feitas acima sobre a relação entre Direito e agentes econômicos. Sem minimizar a necessidade de pesquisas futuras, fica a hipótese: a visão de parte do pensamento econômico, dos movimentos sociais e dos agentes econômicos revela uma pressão em favor do formalismo, contra as evidências do funcionamento real do sistema judicial nos dias de hoje. Esta pressão pode estar gerando efeitos sobre o discurso dos juízes, encarregados de acolher as demandas nascidas da sociedade, o que dificulta a criação de um novo senso comum sobre a

aplicação das normas, a despeito de quase um século de críticas ao formalismo. Além disso, a confusão entre operadores do Direito e pesquisadores no Brasil resulta numa dificuldade adicional, posto que a relativização do formalismo compromete a identidade profissional dos operadores do direito e, por tabela, dos professores de Direito.

4. Uma agenda pós-formalista de pesquisa em Direito

A primeira tarefa de uma agenda pós-formalista de pesquisa em Direito é construir uma alternativa à concepção clássica de separação de poderes, especialmente no que diz respeito ao papel do Estado, do processo judicial, do Poder Judiciário e do juiz na solução dos conflitos sociais. É claro que a discussão sobre o problema da aplicação, isoladamente, é extremamente relevante e tem atingido alto grau de sofisticação na comunidade de pesquisa em Direito em todo o mundo. No entanto, ainda não há notícia de que estes resultados tenham tido impacto sobre o senso comum sobre a separação de poderes e instituições correlatas, conceito que, como vimos ao longo deste texto, é o principal entrave para superar o formalismo no campo da teoria e da prática.

Nesse sentido, uma segunda tarefa é repensar a racionalidade da aplicação das normas e as feições e a função da dogmática jurídica diante de tantas mudanças institucionais. Na vigência do paradigma da subsunção, o papel e o lugar da dogmática estavam bem delimitados e estreitamente relacionados com a centralidade do Poder Judiciário. Diante das mudanças que estamos discutindo, tudo isso se torna discutível. É possível falar em dogmática diante de órgãos de solução de conflitos diferentes do poder Judiciário e em ambientes em que este poder não é mais o centro do sistema? Como é possível pensar numa racionalidade específica para o direito sem a existência de uma dogmática jurídica estruturada, que garanta a auto-referencialidade do sistema, fornecendo critérios jurídicos para a tomada de decisão? Não temos uma resposta definitiva para nenhum destes problemas, mas é importante identificá-los para esboçar uma agenda de pesquisa conseqüente. Com efeito, este artigo tem como objetivo esboçar uma resposta possível a eles.

O caminho é longo e difícil a começar pela incrível permanência do vocabulário da separação de poderes, que vem sendo criticado a bem mais tempo do que o formalismo jurídico (VILLE: 1998). Por isso mesmo, acho que seria promissor estudar este problema em conjunto as mudanças institucionais pelas quais vem passando o Estado contemporâneo e as pressões que vem sofrendo em razão da mundialização da economia, tarefa que não pretendemos desenvolver aqui. Mesmo assim, estes estudos mostram que a função do Estado vem sendo redefinida, especialmente em razão da criação de agências especializadas na gestão de temas como telecomunicações, mercado financeiro, saúde etc, e do surgimento de estruturas regulatórias transnacionais que ignoram as fronteiras e a vontade dos Estados (TEUBNER, 1996).

A comunicação entre essas duas tradições de pesquisa, que ainda correm em apartado no Brasil, certamente renderá muitos frutos. Mesmo sem fazer esse percurso mais longo e exigente, tarefa que se inicia com este escrito, esboçarei abaixo uma solução para os dois problemas citados que procura ultrapassar o imaginário da separação de poderes. A tese que pretendo demonstrar aqui é que sem obter sucesso nesta tarefa, ficaremos presos às armadilhas do formalismo e da dogmática pensada sob a imagem da Teologia, ou seja, sob o domínio do paradigma da subsunção.

4.1. Para além da separação de poderes

Para tentar esboçar uma agenda de pesquisa pós-formalista, pretendo tomar um atalho. Vou partir de uma questão que preocupa muitos pesquisadores em Direito, qual seja, a relação entre a racionalidade específica ao Direito e a ação instrumental, a que vou me referir como *técnica* preocupada em ligar meios e fins. Pretendo fazê-lo, pois tal discussão nos ajudará a iniciar a construção de um imaginário institucional para além da separação de poderes que, no limite, este será meu argumento, vê o Direito como uma forma vazia a ser “preenchida” pela vontade do povo, representado no Parlamento. Meu objetivo aqui, numa palavra, é *eliminar o problema da “vontade do legislador” do horizonte teórico*, pois considero que este é o pressuposto que alimenta o imaginário da subsunção que, a pretexto de respeitar o princípio da legalidade, institucionalizado sob a forma da separação de poderes, exige que se cumpra a vontade do povo expressa na lei. “Vontade”, “povo” e “lei” são termos que apontam para a personificação do poder em entes singulares, dificultando uma leitura procedimental e descentrada do processo de criação normativa.

Este imaginário voluntarista e personalista ainda tem alta carga simbólica, a despeito de não dar conta do que está acontecendo nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Ao menos desde o começo do século XX (WEBER, NEUMANN) as leis deixaram de seguir o padrão de regras gerais de conduta e tomaram a forma de normas individuais e, muitas vezes, abertas, permitindo ao aplicador a realização de juízos de valor para preencher seu sentido ou exigindo diplomas complementares, de caráter técnico, para preencher seu sentido. Um exemplo do primeiro caso é a já citada expressão “boa-fé” e um exemplo do segundo é a definição das substâncias entorpecentes que depende de uma portaria ministerial baseada em critérios técnicos.

Este processo evidencia a mudança de competência para criar normas jurídicas, transferida do Parlamento para outros órgãos como o Poder Judiciário, complicando a visão tradicional de que o povo elabora as leis por meio de seus representantes no parlamento. Esquemáticamente, pode-se dizer que o parlamento agora tem a função de, em primeiro lugar, editar normas de conduta gerais e abstratas que devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário e respeitadas pelos cidadãos. Em segundo lugar, dependendo das circunstâncias e dos acordos

políticos realizados em seu interior, O Parlamento edita normas abertas que, de fato, transferem para o Judiciário ou para outros órgãos julgadores, o poder de criar a norma de conduta correta em função dos casos concretos.

Como mostrou Franz Neumann (1986, v. tb. RODRIGUEZ, 2008. PISTOR & XU) a edição de normas abertas não implica, necessariamente, na ausência de padrões para julgamento dos casos concretos. Especialmente quando tais normas são aplicadas pelo Poder Judiciário, é de se esperar que, ao longo do tempo, julgamentos reiterados sobre, por exemplo, o sentido de um termo vago como “boa-fé”, resultem em padrões interpretativos com alcance geral por terem se transformado em Jurisprudência. A estrutura do Poder Judiciário é construída para este fim, com uma estrutura de instâncias julgadoras e revisoras, esta última, com a função primordial de criar jurisprudência ao revisar as decisões de primeiro grau. Ademais, o procedimento de seleção de juízes e as exigências de formação e perfil que se lhes impõem também funcionam como filtro contra a proliferação de interpretações. Com efeito, nada impede que outros órgãos julgadores sejam desenhados com as mesmas preocupações no horizonte, ou seja, buscando favorecer a criação de padrões previsíveis de julgamento, mesmo ao lidar com normas altamente indeterminadas.

Retomando o fio da meada, podemos reduzir estas duas possibilidades de criação normativa pelo Parlamento a um esquema geral ao dizer o seguinte: a função do parlamento é criar modelos de deliberação pública sobre a normatização de temas considerados socialmente importantes, os quais foram esboçados acima. No primeiro deles, o Parlamento, já no momento de criação da lei, cria normas de conduta gerais e abstratas, que deverão servir de padrão de conduta para a sociedade e de critério para a aplicação judicial. No segundo caso, o Parlamento cria normas abertas que, ao fim e ao cabo, deixam a deliberação sobre a norma de conduta a ser aplicada aos casos concretos a cargo do órgão aplicador. Chamarei estes dois modelos de a) *modelo deliberativo de normas fechadas* e b) *modelo deliberativo de normas abertas*.

O momento de “aplicação” relacionado a estes dois modelos adquire configurações diferentes. No primeiro caso, estamos mais próximos do modelo legalista liberal tradicional, em que o sentido da norma em abstrato é mais completo e cabe ao aplicador dar-lhe sentido tendo como base um texto que, por assim dizer, diminui o espaço de indeterminação no momento de tomada de decisão. No segundo caso, o das normas abertas, fica claro que a produção normativa deve ser diretamente orientada pelo caso concreto: o Parlamento limita-se a fixar parâmetros muito gerais, por exemplo, indicando o órgão competente para fazê-lo e o procedimento a ser adotado para este fim. Diante do exposto, fica difícil considerar que o órgão que decide os casos seja considerado “aplicador”. Por isso mesmo, vou me referir a estes dois modelos como duas técnicas deliberativas para a criação normativa, uma orientada por conflitos gerais e abstratos (o Parlamento cria normas para regular casos futuros) e a outra voltada para

problemas em concreto (o órgão aplicador cria normas para regular uma questão em concreto).

É importante descolar estas duas técnicas deliberativas de órgãos específicos ou momentos apartados no tempo de “criação” ou “aplicação” das normas. Haverá casos, na atividade parlamentar, executiva ou judicial, em que os agentes de poder estarão deliberando sobre soluções para problemas sociais tendo no horizonte casos concretos ou conflitos em abstrato. No segundo caso, estará em questão a criação de uma norma geral e abstrata e, no segundo, a solução de um caso concreto. Não há coincidência entre órgãos e modelos deliberativos, tampouco eles são encontráveis em forma pura na realidade, mas em relações complexas com diversas estruturas, conforme as linhas dos diversos desenhos institucionais. Nada impede, por exemplo, que um mesmo órgão delibere para produzir normas gerais e decida casos concretos com fundamento nas normas que ele mesmo criou, ressalvada a possibilidade de controle por um contra-poder.

Diante de um conflito levado a um órgão julgador, insistimos, partindo dos dois modelos deliberativos que estamos esboçando neste texto, pode-se imaginar que haja duas possibilidades de institucionalização. Na primeira, a solução do caso concreto resulta da deliberação a partir de normas fechadas, gerais e abstratas e, no segundo, a deliberação se dá a partir de normas abertas gerais e abstratas, portanto, a autoridade legisla para o caso concreto com menos entraves.

Uma observação importante: chamamos os dois modelos de “deliberativos”, pois nosso pressuposto aqui é que nenhuma norma geral, por mais fechada que seja, é capaz de eliminar a necessidade de deliberação no momento da aplicação. Toda interpretação é *uma* interpretação dentre outras, ou seja, não é possível dizer, no interior do ordenamento jurídico, qual é a interpretação correta, apenas qual é a mais adequada tendo em vista as suas características institucionais (DWORKIN, 1986, 2006). A decisão a se tomar é se a deliberação será monológica, ou seja, se estará a cargo de um julgador solitário, de quem se exige reconstruir o ordenamento como um todo (v. a crítica de Habermas a Dworkin em HABERMAS,) ou se é possível pensar em estruturas institucionais que tornem esse momento deliberativo mais democrático ao submetê-lo a procedimentos e organismos que não se limitem à singularidade e à consciência individual do Juiz. Localizam-se aqui os materiais jurídicos (normas, princípios etc), os conceitos e raciocínios dogmáticos da tradição, além de organismos diferentes da estrutura judicial tradicional que informem o processo de tomada de decisão.

Seja como for, a aplicação ganhou independência de maneira irremediável em nosso desenho institucional. É impossível prescindir de estruturas institucionais que examinem os casos concretos e agentes encarregados de exercer tal função, pois as regras não aplicam a si mesmas: como já vimos, a dinâmica da aplicação é capaz de mudar o sentido das regras ou mesmo suprimir sua validade.

Posto isso, podemos examinar com mais detalhes as características em abstrato da *deliberação sobre casos concretos a partir de modelos deliberativos*

fechados. Adiante, trataremos da deliberação a partir de modelos deliberativos abertos. As normas que resultam de deliberações em abstrato sobre casos futuros e assumem a forma de normas *fechadas*, quando aplicadas por órgãos especializados, sofrem mudanças de sentido em função dos casos concretos, sempre novos e imprevisíveis. Este é o mecanismo tradicional do Poder Judiciário em funcionamento, que se encarrega de dar sentido às normas gerais em função dos casos que lhe são apresentados, casos estes que podem não ter sido antecipados pela deliberação que criou a norma.

Tradicionalmente, vê-se a lei como resultado privilegiado da deliberação, localizada exclusivamente no debate parlamentar e na esfera pública informal. Os valores a serem perseguidos pela sociedade seriam definidos fora do Direito, num processo de deliberação que culmina na edição de leis pelo Parlamento, a serem implementadas com o auxílio do Poder Judiciário conforme a vontade social. Nesta fantasia jurídica que podemos chamar de tricentenária, por pressupor a mesma estrutura de separação de poderes tradicional a que nos referimos ao longo de todo este texto, o Direito aparece como meio por onde as opiniões, os valores *passam* sem sofrer quaisquer modificações. A formalização jurídica é pensada, nesse registro, como um instrumento neutro, um transmissor que não afeta a mensagem transmitida e pode ser usado para o bem ou para o mal, dependendo do ponto de vista.

Este é um erro grave que impede perceber que o Direito neste caso, tem, simultaneamente, características instrumentais e não instrumentais, técnicas e deliberativas. Estes dois aspectos integram o Direito e não podem ser separados em “espaços” sociais diferentes ou referidos a diferentes representações da ação, a não para fins explicativos. Pode-se falar em um uso mais técnico ou mais deliberativo do Direito a depender do ponto de vista em que se situa o problema a ser discutido e dos objetivos que estejam diante do agente. Nesse sentido, é possível dizer que o uso do Direito pelo juiz será mais técnico do que o uso que fará dele um cidadão na esfera pública, pois este debate, em abstrato, alternativas institucionais sem o compromisso de resolver problemas concretos e reais. Já o juiz precisa julgar casos concretos em um período de tempo determinado e tem o ônus de manter a integridade do ordenamento, fazendo referência a normas jurídicas sobre o assunto e decisões passadas; portanto, ele não pode se entregar definitivamente à especulação sobre as diversas maneiras de qualificar juridicamente um fato.

Fora do registro formalista, é difícil pensar o Direito apenas como meio para realizar certos fins. Quando a dimensão da aplicação ganha autonomia em relação ao texto normativo, o Direito se torna um espaço de disputa pelo sentido das normas com lógica própria. Neste espaço, os valores sociais continuam em disputa, mesmo depois da edição de leis pelo Parlamento. O Direito não coloca um ponto final na deliberação, mas dá a ela uma nova forma, ao invés do conflito de interesses direto, a disputa formalizada pela melhor interpretação. Daí a importância de se discutir, como apontado logo acima, como o processo judicial e a

estrutura do Poder Judiciário são capazes ou não de incorporar mais vozes para compor suas decisões. A passagem do registro, por assim dizer, social para a formalização jurídica transforma o conflito, que não pôde ser solucionado espontaneamente pelos demais mecanismos de integração social, em uma disputa por soluções dogmáticas mediadas por advogados, juízes e promotores.

Seja-me permitida uma observação lateral: evidentemente, nem todos os conflitos serão resolvidos por mecanismos jurídicos criados para solucionar conflitos. Pode-se decidir, no âmbito do Parlamento, manter a formalização jurídica afastada de uma série de conflitos, atribuindo à sociedade a competência de criar normas e resolver problemas, cuja solução deva respeitada pelos poderes públicos. A decisão de regular ou não regular certa questão em abstrato, cria situações muito diferentes. Algo se modifica neste processo, mas não a relativa indeterminação da solução do problema, apenas o modo de formalizar sua solução. A deliberação em abstrato produz normas que, ao serem aplicadas, reabrem a deliberação, mas agora em outro foro, em outros termos e conforme um novo foco: o do caso concreto. Neste modelo, o direito formaliza o debate sobre determinados problemas, escolhidos pelos cidadãos para serem assunto das leis, tendo em vista a solução de casos concretos futuros, em que a divergência entre os cidadãos não puder ser resolvida espontaneamente pelos interessados. As leis criadas para regular certos assuntos, somadas aos procedimentos previstos para a solução de conflitos (tradicionalmente o juiz, o processo judicial e as estruturas do Poder Judiciário), são os instrumentos de que as autoridades dispõem para solucionar os casos que lhe sejam apresentados.

Antes de passar a examinar *a deliberação sobre casos concretos a partir de modelos deliberativos abstratos* é importante insistir mais um pouco na análise do Poder Judiciário em seu desenho tradicional para mostrar que, nem ao menos neste caso, o Direito “transmite” uma “mensagem” de um lugar para o outro sem conformá-la: ele não é “instrumento” da vontade do povo, mas uma determinada forma de institucionalizar a deliberação.

Imaginemos que a sociedade se entregue à discussão da conveniência ou não em se adotar um limite legal para a cobrança de juros aplicável a toda e qualquer operação econômica. Sem entrar nos argumentos econômicos, morais, distributivos, etc que poderiam ser levantados a favor ou contra a criação deste limite legal, suponha-se que a conclusão seja por sua criação via lei aprovada no Parlamento. Neste momento, a esfera pública produziu um texto legal que criou um percentual máximo para a cobrança de juros e tal percentual, pelo menos é esta a expectativa, deverá ser incorporado a todos os contratos; públicos e privados.

No entanto, posta a lei, o debate sobre o problema não cessa, mas muda de natureza. A partir desse momento, nada impede que as partes de diversos tipos de contratos, por exemplo, os contratos bancários, entrem com ações judiciais e argumentem que o limite de juros estabelecido não deve ser aplicado ao seu contrato, pois isso o inviabilizaria, tornando-o excessivamente oneroso para si. Há

regras sobre contratos no direito brasileiro que permitiriam ao juiz, em tese, acolher este pedido, afinal, se um contrato se tornar excessivamente oneroso ele deixa de cumprir sua função, pois se presume que ninguém celebraria um contrato sabendo que teria prejuízos.

Como o contrato, normalmente, é uma relação dinâmica que dura no tempo, ele sofre o efeito de circunstâncias variadas; desde leis novas até mudanças econômicas, alterações na taxa de câmbio, entre outras. Todas elas podem vir a afetar o equilíbrio econômico do contrato e gerar conflitos entre as partes. Circunstâncias que, no início do contrato, não eram excessivamente onerosas, podem vir a sê-lo no futuro. As partes podem resolver estes problemas entre si ou levar o problema ao Poder Judiciário.

Diante de demandas desta natureza, que se baseiam em normas já existentes no ordenamento jurídico e são confrontadas com a lei recém-criada, nada impede que o Poder Judiciário decida, em diversos casos concretos, que a lei que limita os juros não deve ser aplicada. No limite, estas ações individuais podem comprometer a validade da lei se o Poder Judiciário (ou a autoridade responsável por aplicar a lei em questão) chegar à conclusão de que ela não é adequada a nenhum dos casos concretos que forem levados até seu conhecimento.

Se algo assim ocorrer, há duas possibilidades. Pode ser que a lei esteja sendo espontaneamente cumprida pela maior parte da sociedade; e em apenas alguns casos o limite de juros esteja sendo questionado. A outra possibilidade já foi mencionada acima: em praticamente todos os setores da economia o limite aos juros é questionado judicialmente e, como resultado, a lei torna-se completamente ineficaz, pois deixar de ser respeitada pelas partes e de ser aplicada pelo Poder Judiciário.

Nesta segunda hipótese, alguém que trabalhe com os pressupostos clássicos da separação de poderes dirá: o Judiciário usurpou a autoridade do Parlamento e deixou de aplicar uma lei legitimamente criada pelos representantes soberanos do povo. Será? Não é mais razoável concluir, ao contrário, que o momento de aplicação é uma nova arena deliberativa; capaz de tornar mais fina e concreta a discussão sobre o problema regulado por trazer para dentro do ordenamento jurídico a riqueza de casos concretos que, possivelmente, foram ignorados ou simplesmente não existiam no momento em que se desenrolou a deliberação que resultou na criação da lei?

Nesse sentido, pode-se dizer que aplicação teria a função de institucionalizar o espaço para que todos os concernidos pela lei influam sobre a deliberação que irá definir seu sentido, mesmo que não tenham participado do debate que a instituiu, seja por falta de oportunidade ou porque, simplesmente, eles não existiam. O processo de aplicação parece ser mais poroso e aberto à complexidade social do que a deliberação que se afunila no Parlamento, pois parece ser impossível antecipar todos os casos concretos futuros já no momento da criação da lei geral e é autoritário supor que os concernidos que não se manifestaram devem

eximir-se de tentar influir sobre as leis. O momento da aplicação abre esta possibilidade.

Lembremos que, exceto no caso do controle de constitucionalidade, em que uma lei é questionada enquanto lei, e nas ações coletivas em que os efeitos da decisão podem ser estendidos a toda a sociedade, os julgamentos da maioria dos casos concretos têm impacto apenas sobre as partes envolvidas na ação. Apenas mediatamente a reiteração de decisões parecidas sobre casos semelhantes pode vir a formar jurisprudência, o que pode motivar a edição de Súmulas que vinculem a interpretação judicial. Nestes casos, a reiteração de decisões individuais acaba por ter efeitos mediatos sobre a aplicação da lei em abstrato.

Isso significa que houve usurpação do poder legislativo? Claro que não. Parece mais razoável dizer que, neste caso, a sociedade decidiu que a lei criada pelo parlamento deve ter seu sentido interpretado desta ou daquela maneira com o fim de lidar com os casos concretos examinados. Este parece ser um bom mecanismo para corrigir e estender a deliberação que começou antes da edição da lei. Em casos de leis antigas, em que a deliberação que resultou em sua criação ocorreu há muito tempo, o processo de aplicação é tudo o que resta para adequar textos antigos a casos novos, surgidos em razão das mudanças sociais, sempre dinâmicas e imprevisíveis.

Como dissemos acima, podemos pensar, abstratamente, que em certas ocasiões ocorrerão deliberações sobre casos concretos com referência a normas abertas. Neste caso, mais do que definir e modificar o sentido de uma norma, cabe às autoridades criar a regra para o caso concreto e, com a reiteração dos casos, eventualmente definir parâmetros gerais sobre determinados tipos de casos. Por vezes o Poder Judiciário atua desta maneira, mas nada impede que outros órgãos sigam o mesmo padrão. É importante apontar que, nesta forma de deliberação, há um porém. Parece haver um déficit no controle destas decisões, que pode colocar em cheque o estado de Direito.

Os órgãos que deliberam a partir de regras fechadas funcionam como revisores daqueles que criaram as normas em abstrato. A deliberação a partir de casos concretos, que se segue à criação da regras fechadas, pode mudar seu sentido ou, como vimos, suprimir sua validade. Como afirma Franz Neumann, para organizar o processo de tomada de decisões sem descaracterizar o Estado de Direito basta garantir que a decisão e revisão da decisão se realizem em instâncias diferentes. O desenho dos órgãos responsáveis por tomar decisões não precisa seguir o figurino da separação de poderes em sua visão tradicional: a exigência é, apenas, que as instâncias decisórias sejam separadas dos mecanismos destinados a rever as decisões. Disso se conclui que órgãos que deliberam a partir de normas abertas, ou sejam a partir de parâmetros muito tênues, precisam ter suas decisões revistas por outros órgãos para que se evite a criação de enclaves autoritários no interior do Estado, o que poderia ameaçar o Estado de Direito.

Sem prejuízo disso, também se põe aqui a questão de como construir o procedimento para a tomada de decisão destes órgãos de modo a integrar as vozes dos concernidos em suas decisões. Quando se falou dos órgãos que deliberam sobre casos concretos a partir de normas fechadas, mostramos que é importante pensar seu procedimento nestes termos. Para os órgãos que ora examinamos, o problema também se coloca. Podemos imaginar que, para resolvê-lo, possam ser criados órgãos colegiados, com membros técnicos, representantes da sociedade civil, do governo, etc, a depender do tipo de questão com a qual se estiver lidando, ou mesmo a criação de autoridades singulares que sejam responsáveis por decidir os casos concretos; se assim for decidido pela sociedade. O importante é trazer estes problemas à tona e tematizá-los no momento de debater a criação e a reforma das instituições. Afinal, o que está em jogo hoje é o modelo global de Direito que tem povoado a imaginação institucional do ocidente há séculos. É importante evitar uma postura pessimista que se entregue à crítica negativa em favor da análise e crítica das instituições atualmente existentes com o fim de identificar seu potencial democrático.

A regulação no âmbito do estado e no campo internacional caracteriza-se hoje pela proliferação de agências reguladoras especializadas em temas de caráter técnico (TEUBNER, 1996). Em um livro recente, Franz Vibert refere-se ao fenômeno como a “ascensão dos não-eleitos” e procura integrar esses novos organismos numa teoria da democracia, propondo critérios para fundar sua legitimidade e mostrando como é possível controlar democraticamente suas decisões. (VIBERT, 2007). Não iremos detalhar os argumentos de Vibert aqui, mas é importante dizer que sua análise procura mostrar os aspectos positivos para a democracia das decisões baseadas em critérios técnicos.

É certo que decidir apenas com base em estudos técnicos pode levar à despolitização de problemas graves, cuja solução terá influência sobre milhares de pessoas. A ciência quase nunca é inequívoca e, muitas vezes, há mais de uma posição possível sobre uma determinada questão, supostamente técnica. No entanto, mesmo assim, esta forma de se tomar decisões tem potencial democratizante. O fato de haver várias avaliações técnicas possíveis para um mesmo problema não autoriza a autoridade a decidir apenas com base em avaliações de conveniência política.

A exigência de justificação técnica pode contribuir para aumentar a racionalidade das decisões ao criar ônus de justificação que obrigam os poderosos a consultar outros atores e levar em conta fatores variados no processo de tomada de decisões. O medo de que a tecnicização das decisões possa colonizar a Política e o Direito, suprimindo sua racionalidade própria tem uma refutação interessante nos argumentos de Vibert, que também mostra como determinados órgãos de caráter técnico podem funcionar como fóruns em que diversos atores se encontram para decidir os problemas que enfrentam e, eventualmente, produzir regulação para setores específicos.

Com efeito, diante de tudo o que já foi dito aqui, o surgimento de organismos como os referidos acima é de difícil refluxo. Trata-se de conviver com eles e não os considerar disfuncionais por funcionarem para além das estruturas tradicionais do sistema político, para além da representação política e do conceito tradicional de separação de poderes; muitas vezes, para além das fronteiras nacionais, por estarem ligados a organismos internacionais criados pela autonomia privada dos grupos sociais.

Assim como o começo do século pôs a questão da aplicação do Direito como problema central para a definição da racionalidade do Direito, este começo do século XX coloca o problema da pluralidade de fontes normativas e da auto-regulação social como questão central a ser enfrentada pelos estudiosos do Direito. Explorar as possibilidades regulatórias dos organismos que deliberam a partir de normas abertas pode ser uma resposta para este problema e um germe de uma nova racionalidade para o Direito. Pode-se imaginar que o ordenamento jurídico deixe de ser uma estrutura hierárquica, descrita como uma pirâmide, e se torne descentrado, dotado de instâncias jurisdicionais que promovam algum grau de centralização.

O Parlamento deixaria de editar tantas normas fechadas, gerais e abstratas, alternando a edição de normas deste tipo com a criação de organismos variados, responsáveis por regular temas diversos, sempre a partir de parâmetros mínimos que garantiriam o respeito aos direitos fundamentais. Nestes fóruns descentrados, atores e grupos sociais variados poderiam opinar sobre casos concretos e, eventualmente sobre a edição de normas gerais e abstratas mais específicas, referidas a determinados temas. Em alguns desses fóruns haveria demanda por debate e justificação de caráter técnico, em outros, a questão seria simbólica ou afetiva.

Por exemplo, poder-se-ia criar organismos responsáveis por decidir conflitos de família, notadamente marcados por questões afetivas e simbólicas, que fugissem do padrão judicial tradicional e permitissem que as partes, de fato, buscassem comunicar-se para resolver seus problemas a partir de um acolhimento não referido a regras abstratas, mas preocupado com as características e com a afetividade das pessoas envolvidas. Para outros assuntos, a referência a regras gerais e a uma jurisdição de feições tradicionais talvez fosse mais adequada, por exemplo, a regulação de problemas relacionados a acidentes de trânsito em que parece razoável estabelecer regras fechadas, gerais e abstratas, desconsiderando a subjetividade e a afetividade dos motoristas, em nome do bom fluxo de tráfego nas cidades e estradas.

Em suma, proponho que a pesquisa em Direito comece a explorar possibilidades como essa, deixando de lado a mitificação da legalidade e a sua defesa cega como padrão para o estado de Direito e para a Democracia. A pesquisa em Direito deve avaliar constantemente as várias maneiras de regular os diversos assuntos e organizar a solução dos conflitos sociais, sugerindo reformas sempre que necessário. Como é sabido, para que se construam conclusões assim,

é necessário discutir, teórica e empiricamente, as características de cada objeto regulado em função dos objetivos sociais que se deseja alcançar e das características do Poder Judiciário e das leis editadas sobre o tema. Além disso, como procurei mostrar aqui, nível mais abstrato, trata-se de discutir e criticar o legalismo e a separação de poderes como alternativa institucional.

Dito tudo isto, podemos retomar o problemas que enunciamos no começo deste item: o desfecho da tecnicização do Direito não precisa ser necessariamente autoritário. Não há problemas em se fixar objetivos a serem atingidos com o auxílio do Direito desde este modo de pensar, instrumental, parte de elementos normativos e não, diretamente, de interesses ou valores; ou seja, veja a si mesmo como uma escolha entre alternativas institucionais.

Aqui uma sutileza: o Direito pode e deve ser pensado como instrumento, mas não como *mero* instrumento. Pensar instrumentalmente é pensar em alternativas institucionais analisadas, umas ao lado das outras, em função dos objetivos sociais que se deseja atingir, objetivos estes, que são definidos e redefinidos pelo debate democrático. Reduzir o Direito a mero instrumento é favorecer sua destruição pelo arbítrio, submetendo-o a vontades autárquicas ou a argumentos tecnocráticos, supostamente verdadeiros, que visam a impedir a ocorrência de mudanças institucionais.

Como nos ensina Neumann, a radicalização da democracia implica em flexibilidade institucional, por isso mesmo, a separação de poderes é hoje um dos principais entraves à ação política eficiente e progressista. É urgente construir um modelo de Estado de Direito mais flexível que seja capaz de orientar a política cotidiana e o senso comum dos juristas. Desta forma, o ordenamento jurídico será capaz de manter sua centralidade para a reprodução social e sua legitimidade, acolhendo toda espécie de problema complexo e demanda social.

4.2. Para uma dogmática jurídica não-teológica

Se afastarmos a vontade do legislador do horizonte teórico da pesquisa em Direito, é possível ainda falar em dogmática jurídica? Como é possível pensar dogmaticamente sem que nos refiramos a dogmas indiscutíveis (as normas jurídicas) dos quais devemos partir? Com efeito, argumentarei abaixo, a dogmática concebida a partir desta metáfora teológica é um entrave para perceber e lidar com as mudanças pelas quais o ordenamento jurídico está passando. Considero que ao pensar o Direito para além da separação de poderes, é impossível permanecer neste registro teórico. Diante de tal constatação, que caminho tomar?

Ao suprimir a vontade do legislador do horizonte, não estamos afastando a necessidade de que as autoridades tomem decisões com fundamento em normas jurídicas e decisões já existentes no ordenamento jurídico, criando padrões coerentes para seu curso de ação. O que fica de lado é o modo de construir tais regras, ou seja, o procedimento de positivação das normas jurídicas, que deixa de

ser monológico e personalista e passa a ser pensado como deliberativo e processual. Como mostra a Teoria do Direito contemporânea, a norma não é ponto de partida, mas ponto de chegada, resultado de uma atividade interpretativa que, vista em sua dinâmica, envolve desde a sociedade civil, que formula demandas e as dirige ao órgão competente, além de debater normas e decisões na esfera pública, até as últimas instâncias deste mesmo órgão, responsáveis por decidir os casos em última instância.

É preciso retomar aqui a ambigüidade do termo *dogma* no campo do Direito que, em suas origens gregas, apontava, ao mesmo tempo, para raciocínios dedutivos e indutivos, aproximando-se mais do modelo de raciocínio da Medicina do que o modelo teológico elaborado posteriormente e que domina a reflexão da maioria dos teóricos da dogmática contemporâneos (HERBERGER, 1981, 1989; HORAK, 1984); certamente mais fiéis à tradição do legalismo liberal na versão weberiana, mas menos úteis para pensar as mudanças institucionais que estamos enfrentando. Decorre da argumentação deste texto que a imagem da dogmática como um raciocínio de feições teológicas está caduca e deve ser substituída por uma visão que recupere a tensão entre dedução e indução na obtenção dos dogmas com os quais o raciocínio dogmático efetivamente trabalha.

Pode-se dizer, parafraseando Wieacker, que pensar a dogmática no registro da teologia significou “transformar um prático em um professor, um ofício em um livro”. É preciso reafirmar o caráter prático do saber dogmático e assumir sua imprecisão e provisoriidade diante da necessidade de resolver problemas concretos, sempre novos e mutáveis. O sistema deve ser visto como uma resultante sempre provisória, construída e reconstruída com o fim de dar conta dos casos difíceis com o auxílio do professor de Direito, agente social cuja função é compreender o Direito em sua totalidade. Além provisório, o ordenamento também está sujeito a dissenso sobre qual a melhor maneira de apresentá-lo em suas feições mais gerais. Não há instância que permita decidir, em última instância, o que é o direito posto em determinado momento, especialmente quando se tem diante de si um problema em concreto. Temos apenas interpretações que se limitam mutuamente por fazerem parte de uma mesma comunidade epistêmica.

A dogmática deve seu sucesso no processo de construir boas soluções para casos concretos não à sua capacidade de *extraír* o sentido correto de um texto jurídico (SAVIGNY), mas de servir a argumentações racionais sobre o desfecho de um procedimento decisório. Ela deve ser vista muito mais como um modo de pensar e deliberar do que uma técnica precisa para obter soluções, visão que, no limite, corresponde ao modelo teológico. Seu papel de intermediário entre o material jurídico e a necessidade social de decidir casos concretos (LUHMANN, FERRAZ Jr.) deve sua efetividade à capacidade de figurar o conflito e convencer (racionalmente ou não) os destinatários da decisão tomada e os cidadãos em geral. Aqui um ponto importante: tal convencimento pode ser pensado em termos democráticos, com a preocupação de controlar o poder e exigir dele raciocínios

justificados, ou prescindindo da racionalidade em favor da legitimação meramente simbólica.

Mas se não há descrição definitiva do que seja o direito positivo adequado para solucionar um caso concreto, qual é a função do material jurídico bruto, por assim dizer, para o processo de tomada de decisões e qual a efetividade da dogmática em controlar a indeterminação (HERBERGER)? A resposta a esta pergunta depende de uma revisão da imagem geral da dogmática: se mantivermos o sonho de controle implicado na dogmática pensada a partir da imagem teológica, a resposta será pouco encorajadora. No entanto, se pensarmos para além da separação de poderes, o controle do poder pode ser pensado como a necessidade de constranger o organismo responsável por tomar decisões a um modelo específico de justificação de suas decisões, sem excluir a competição de modelos. Afirmar a possibilidade de decidir sem justificação racional significaria negar o Estado de Direito, e portanto, esta possibilidade está teoricamente excluída, a despeito de poder se realizar na prática.

Diante de um caso concreto, sempre será possível defender a não aplicação de uma norma ou decisão prévia em nome da especificidade do mesmo. Há um vazio aqui que não pode e não deve ser preenchido. O direito posto, como a verdade, deve ser pensado sem um fundamento transcendental ou empírico que, supostamente, lhe garantiria validade indiscutível. A validade das normas jurídicas também está fundada numa decisão que, se for pensada a partir do conceito de democracia, deve ser deliberativa, processual e coletiva. Tal decisão se renova a cada caso concreto e pode ser revogada a qualquer momento no momento da aplicação, diante da avaliação do caso concreto.

Como em outros campos do saber, pode-se pesquisar a probabilidade de que seja tomada determinada decisão verificando quais são as crenças adotadas pela maioria dos juristas e operadores do ordenamento jurídico em relação a este ou àquele tipo de caso; ou, ainda, como decidiu, em última instância, a corte constitucional de um país, nos casos em que ela se manifestar e que sua decisão for vinculante. Mas mesmo assim, permanece a impossibilidade de sistematizar completamente o ordenamento suprimindo a possibilidade de que surjam problemas que exijam a utilização da criatividade do intérprete a partir do material jurídico positivado.

Isso nos leva à seguinte constatação: comparado com o modelo da subsunção que caracteriza a imagem teológica da dogmática, a visão da dogmática como modelo indutivo/dedutivo de raciocínio acrescenta uma nova dimensão para a justificação das decisões. Ao contrário do modelo teológico, o modelo a que vou me referir como *empírico-teleológico* de dogmática jurídica precisa justificar os dogmas dos quais parte com o objetivo de resolver o caso que se lhe apresenta. Fique claro, não estou afirmando que haja necessidade de justificar sempre e extensamente a obtenção/construção (v. ENGLISH) da regra jurídica de que se parte para decidir um caso, no entanto, tal escolha estará sempre aberta a questionamento. Ela está longe de ser natural, a despeito de se apresentar como

estabilizada para um olhar panorâmico. Para um olhar rente ao caso concreto, o que se apresenta sempre é o vazio que abre sempre novas possibilidades: casos fáceis e difíceis são construções do intérprete para justificar uma decisão em concreto (RODRIGUEZ, 2002).

A Tópica de Viehweg captou com precisão este problema ao propor que a racionalidade jurídica fosse pensada como baseada em *topos* e não em normas jurídicas vistas como entes claramente identificáveis pela mera consulta a um corpo legislativo escrito ou costumeiro. Por isso, para o autor, estão em primeiro plano os problemas e não o sistema, preocupação ulterior, que pode atrapalhar a solução do caso se absolutizado sob a forma de dogma. Já apontava nesse sentido a distinção Kelseniana mencionada acima entre texto da norma e enunciado da norma, que retirou o texto normativo do mundo pré-kantiano da verdade como correspondência entre conceito e objeto e o trouxe para a era da verdade como adequação do enunciado ao referente.

Seria possível desfiar um longo rosário de autores que contribuíram para este processo de desencantamento do Direito (NEUMANN) e procuraram pensar racionalmente sua natureza prática sem recorrer a fundamentos transcendentais. No debate atual, a figura central deste elenco de heróis do pensamento racional é Ronald Dworkin, especialmente nos textos em que debate a função da teoria do direito, a saber, *O Império do Direito* e *Justice in Robes*, ao lado de Robert Alexy, que constrói um modelo interpretativo bem mais detalhado e sofisticado do que o do primeiro (ALEXY). Há vários modelos interpretativos em debate atualmente, mas em todos os casos, parte-se desta constatação incômoda que, insisto, precisa ser levada a sério para pensar o Direito no mundo contemporâneo: não é possível indicar previamente, de forma inequívoca, qual é o direito pertinente a um caso concreto, ou seja, qual deve ser sua solução visto o problema a partir do sistema.

Considero esta constatação uma aquisição importante para o Direito ocidental que, longe de gerar insegurança e medo de perda de racionalidade, deveria inspirar esperança no aprofundamento da democracia. Ao colocar-se a nu o exercício do poder no momento da aplicação torna-se necessário abandonar a metáfora teológica, imprestável para dar conta da efetividade do processo de tomada de decisões e repensar a forma de controlar a ação dos órgãos julgadores, problema que abordamos em vários momentos deste texto. Coloca-se aqui o problema da possibilidade de construir um conjunto de procedimentos e raciocínios que, de fato, tenha a capacidade de constranger os órgãos de tomada de decisão; mais do que isso, de impor a eles um mesmo modelo de racionalidade (FERRAZ Jr.). Tal problema se torna mais grave quando vemos o ordenamento jurídico se descentrar, com a criação de novos órgãos de tomada de decisão que, de fato, exercem função jurisdicional; além deste mesmo ordenamento ser permeado, cada vez mais, por procedimentos e normas que não se limitam às fronteiras dos estados nacionais (TEUBNER).

O perigo de fragmentação e de colonização por discursos técnicos ameaça a autonomia do Direito (desde sempre...), mas como discutimos acima, este

problema não deve ser super-estimado e, mais do que isso, deve ser tratado como uma questão a ser solucionada e não como o destino inevitável. Seja como for, pensar a dogmática a partir da metáfora teológica apenas atrapalha o processo de re-equacionar o problema. Se há um vazio no lugar antes destinado ao *dogma*, ou seja, ao texto a ser aplicado, devemos pensar na necessidade de construir procedimentos para identificar/construir o texto em função do caso que certamente não terão a força da verdade no sentido tradicional, mas que se apresentação na esfera pública como uma possibilidade entre outras (DWORKIN). No limite, já deve ter ficado claro, temos um vazio na fundamentação que se reflete num vazio de fundamentação de todo e qualquer modelo interpretativo e concepção de dogmática. Este vazio, se pensado em termos democráticos, não pode fundar-se numa autoridade irracional. Pode-se argumentar, sem nenhum problema, que seria melhor apostar na dimensão simbólica da autoridade para controlar a variabilidade das interpretações (FERRAZ Jr.) e dizer que a discussão democrática, aqui, estaria mal colocada, por trazer para o interior do direito uma racionalidade que compromete o código legal/ilegal.

Suspeito que, ao se afirmar tal coisa, confunde-se a necessidade de levar a ausência de fundação a sério e a necessidade de manter o código do Direito, que só pode ser efetivamente defendida normativamente. A leitura de pesquisas empíricas ensina que sempre há fatos para todos os gostos e o momento crucial da pesquisa está na atribuição de sentido e não nos fatos brutos em si (WEBER). Pode-se afirmar que a confusão entre direito e moral é inadequada para lidar com a complexidade da sociedade moderna (LUHMANN) e, em outro registro, agora normativo, que a distinção entre os dois termos é desejável pois contribui para afirmar a autonomia da sociedade em relação ao poder, pois mantém as duas instâncias separadas. No entanto, sempre houve quem discordasse justificadamente deste ponto de vista, por exemplo, os pensadores da tradição da Teologia Política (LILLA), e no campo do Direito, pensadores como Carl Schmitt para quem a visão teológica é essencial (RODRIGUEZ). Justificar a separação entre direito e moral em termos puramente funcionais desarma o intérprete diante de exemplos históricos de sucesso na dissolução do Direito em outras esferas (NEUMANN, 1954, 1986, RODRIGUEZ, 2008) e argumentações normativas que apontem em outro sentido e sejam fundadas, por exemplo, na defesa da homogeneidade das culturas e das práticas sociais, que podem ser promovidas, sem maiores problemas, por meio de assassinatos em massa relativamente freqüentes na história da humanidade.

Neste ponto, o tema central deste texto volta ao primeiro plano: pensar a dogmática a partir da imagem teológica faz todo o sentido se mantivermos o desenho geral da separação de poderes tradicional e defendermos normativamente a manutenção desta racionalidade como característica das instituições ocidentais. De outra parte, se assumirmos que este modelo é de difícil operação diante das mudanças institucionais ocorridas no mundo de hoje e, mais do que isso, este o ponto crucial, que tais mudanças abrem a possibilidade de radicalizar a

democracia com a criação de instituições diferentes das tradicionais; instituições que reconheçam o vazio fundamental que funda o processo de solução dos casos concretos e admitam a necessidade de pensar seu controle para além do texto normativo, é difícil sustentar tal posição. Mais do que isso, diante do exposto, os modelos dogmáticos que, acriticamente, ainda remeterem ao texto como centro de gravidade, podem ser chamados de pejorativamente de formalistas, por promoverem a naturalização das instituições.

5. Observações finais: dogmática jurídica para um ordenamento descentrado

Se o texto da norma não é capaz de limitar o poder, resta a dogmática compreendida como um conjunto de conceitos e raciocínios, ou melhor, restam os diversos modelos concorrentes de dogmática que disputam a influência sobre a decisão dos agentes do poder de resolver casos concretos. A unidade do ordenamento depende mais da articulação dos centros de poder do que de raciocínios sistemáticos com valor transcendente ou marcados por uma suposta verdade histórica (FERRAZ Jr.). Claro, para o modelo teológico anterior, fazia todo o sentido pressupor que o Poder Judiciário era o centro do sistema e, portanto, era plausível colocar este órgão na posição de Deus. Num modelo de ordenamento descentrado há centros variados de produção normativa que, na visão de Teubner por exemplo, apontam para a fragmentação da racionalidade jurídica que passa a ser determinada não pelos critérios da dogmática, mas pela racionalidade dos problemas que cada um deles tem que enfrentar na condição de órgão especializado.

Este movimento na direção da especialização dos organismos decisórios, portanto, na direção de um debate mais técnico no processo de tomada de decisões não aponta, necessariamente, para uma crise inevitável da racionalidade jurídica. Discuti acima esse problema a propósito do que afirmou Vibert. O influxo de problemas técnicos no debate jurídico tem o potencial de qualificar o debate, não apenas de destruir a racionalidade jurídica que pode ser exercitada no espaço de controvérsia entre respostas técnicas, cada uma delas traduzida em determinada roupagem jurídica. Como sabemos que não há argumentos técnicos conclusivos para toda a espécie de conflito social, sempre haverá espaço para deliberar em matéria técnica. Mas não cabe aqui repetir o que já foi discutido acima e sim avançar a análise para pensar em maneiras de lidar com um Direito descentrado e sob a influência de problemas que exigem conhecimentos técnicos especializados.

Neste ponto, é preciso ter em mente uma questão fundamental. Partindo-se do pressuposto, essencialmente normativo como vimos, de que a autonomia do Direito é um valor a ser preservado e de que não há um ponto arquimediano que nos forneça uma imagem indiscutível das feições gerais do ordenamento, tampouco de problemas mais concretos, pode-se dizer que ambas, a autonomia do Direito e a visão de sua totalidade devem ser produzidas, ou seja, construídas em função da efetivação de determinados pressupostos normativos. Deve-se pensar

uma *práxis* que aponte no sentido da totalização e da autonomia do Direito, não porque estes dois valores tenham valor transcendente, mas porque servem a determinados objetivos normativos, a saber, no caso, a radicalização da democracia. Sem uma visão geral do Direito não se pode apontar zonas em que o poder esteja, eventualmente, agindo sem controle (RODRIGUEZ) e, portanto, será impossível zelar por sua autonomia em defesa de um procedimento de tomada de decisões democrático.

Essa *práxis* deve apontar para a distinção entre dois tipos de decisão: a) deliberação sobre problemas substantivos e b) deliberação sobre problemas de coordenação. Claro, cada centro decisório pode combinar as duas espécies de deliberação, mas tendo em vista o objetivo normativo de resistir à fragmentação, pode ser importante criar centros especializados em coordenar as decisões de outros centros de poder para evitar a proliferação de normas e decisões incoerentes que possam ser questionadas e deslegitimadas na esfera pública. Nos centros de decisão substantivos, em que, a princípio, serão discutidos os problemas concretos sem preocupação imediata com sua coordenação com os outros centros de poder, deve ser imposto o dever de coerência em relação a outras normas e decisões sem transformar este em seu objetivo específico. Como os Tribunais de segunda instância são responsáveis pela padronização das interpretações, estes centros de coordenação seriam responsáveis pela coerência do ordenamento, atuando como instância revisora.

De qualquer maneira, é importante deixar claro que a fragmentação ou centralização do Direito não é um problema exclusivamente funcional, mas também normativo, como acabamos de mostrar. A verdadeira questão é: os valores democráticos terão força suficiente para conter a tecnicização e a fragmentação em favor da radicalização da inclusão social e da participação dos concernidos nas decisões de poder? Nenhum desfecho deste problema está escrito nas estrelas, afinal, sempre é possível defender que órgãos supostamente técnicos reconheçam as implicações sociais de suas decisões e abram espaço para debater os caminhos mais adequados para tomar certas decisões e, de outro lado, que centros de poder em busca de auto-centramento e autarquia sejam articulados para atuar de forma coerente e controlada em função do interesses de democratizar o poder. De qualquer forma, talvez seja necessário admitir que, muito provavelmente, não viveremos o grau de centralização experimentado pelo ocidente no auge de poder dos Estados nacionais. É provável que o ordenamento jurídico passe a se comportar, normalmente, alternando movimentos de fragmentação e centralização a par da vitória ou da derrota de esforços para controlar o poder e aprofundar a democracia.

Diga-se de passagem que a centralização completa é um valor de alto potencial autoritário. Estamos apenas começando a nos dar conta do quanto a centralização do poder nos Estados nacionais custou para a cultura humana com a destruição de povos inteiros e de soluções institucionais locais que poderiam contribuir para a organização social em outras bases. Nem a total centralização

nem a total fragmentação estão a serviço de um Direito construído e gerido democraticamente. No entanto, é preciso dizer que a fragmentação em si não é uma ameaça para a racionalidade jurídica caso seja possível geri-la racionalmente, ou seja, caso as forças que defendem a democracia saiam vitoriosas do conflito político.

Para que este processo se desenvolva, é preciso evitar naturalizar qualquer solução para o problema estes problemas. Dizer que a fragmentação ou que a centralização é o destino dos ordenamentos jurídicos ocidentais sem levar em conta o papel ativo e criativo dos estudiosos, operadores e agentes decisórios significa optar por um dos lados da equação e condenar os indivíduos à impotência. É preciso incorporar ao Direito esta dimensão *poiética* responsável por criar novas realidades institucionais a partir do que está dado.

A superação do modelo de uma dogmática inspirada na Teologia é um grande passo nesse sentido, pois amplia o horizonte de alternativas institucionais, criando novas possibilidades de relação entre sociedade e organismos decisórios. A possibilidade de *imaginar* alternativas institucionais é uma atividade eminentemente especulativa, mas determinada por objetivos práticos. Parte-se do pressuposto de que novas demandas e novos problemas sociais estão sempre surgindo, pois vivemos em sociedades complexas e dinâmicas. Tal fato exige que as instituições sejam flexíveis e mutáveis, tanto quanto às soluções dogmáticas adotadas pelos órgãos julgadores, quanto ao desenho institucional adotado para os órgãos do Estado. A naturalização de certa solução dogmática ou de determinado modelo de Estado compromete a legitimidade das instituições diante dos agentes sociais e sua eficiência para solucionar problemas, pois congela determinadas relações de poder ao excluir do debate público novas possibilidades de solução dos problemas sociais.

A naturalização das instituições é prejudicial não apenas para a sintonia entre as instituições e a complexidade social, mas também ajuda a bloquear a inclusão de novas demandas e novos personagens na cena político-institucional. A cristalização da imaginação institucional naturaliza as relações de poder nos mais diferentes níveis e, portanto, é uma barreira importante para a inclusão social. Torna impensáveis determinadas alternativas o que pode levar os agentes sociais, no limite, a optarem por se contraporem às instituições existentes optando por ações ilegais e à margem do procedimento democrático. É claro que a mera atividade de imaginar instituições, em si mesma, não é suficiente para resolver nenhum problema. É preciso que as demandas sociais sejam veiculadas sob a forma de alternativas institucionais e que os agentes de poder promovam sua implementação. Apesar de não ter eficácia direta sobre este processo, a pesquisa em Direito pode ser útil para ampliar a capacidade de imaginação social ao pesquisar e construir arquiteturas novas para velhos problemas ou desenhos novos para formalizar conflitos sociais inéditos.

Nesse sentido, um acadêmico não pode se identificar com nenhuma solução dogmática e nenhum desenho de estado tomado com verdade absoluta, a custo de

favorecer a naturalização das instituições e agir a contrapelo de sua função social. Nos termos do debate filosófico contemporâneo, sua posição deve ser pragmática ou anti-fundacionista, compreendida a idéia de “fundação” como a justificação transcendental de um modelo institucional qualquer. No registro que estamos propondo, nenhum modelo deriva sua validade da verdade transcendente de determinados valores, mas se coloca como alternativa para a realização de certo modelo de sociedade e não de outro.

No limite, como já visto, nem a diferenciação entre moral, política, economia e direito tem validade absoluta. De fato, esta diferenciação, que se formalizou em estruturas institucionais como o Poder Judiciário, pode ser destruída em função de mudanças sociais que destruam a racionalidade das instituições existentes. Pode-se discutir se um desenvolvimento nesse sentido é desejável ou não, mas é inútil tentar demonstrar que ele não seja faticamente possível. Hoje sabemos que qualquer barbaridade ou maravilha é perfeitamente possível numa sociedade compostas por seres humanos.

O papel do pesquisador em Direito é, diante desse abismo que se abre no nível da fundação das instituições, pôr-se a imaginar modelos de sociedade problema a problema (solução dogmática a solução dogmática, órgão estatal por órgão estatal), sempre em função das necessidades de eficiência e legitimidade das instituições, ou seja, da crescente necessidade de incluir novas demandas sociais, novos pontos de vista. Qualquer interferência nesse processo ininterrupto de reforma das instituições compromete a reprodução social e pode favorecer a justificar atitudes destrutivas por parte dos agentes sociais.

Cursos de ação revolucionária normalmente partem de um diagnóstico de tempo que aponta para um descompasso radical entre as instituições existentes e os interesses da maior parte da sociedade, o que as transforma em mera justificação de privilégios (SAINT-JUST). Por isso mesmo, no limite, qualquer ação de naturalização institucional traz, em seu bojo, o horizonte de uma revolução social radical em nome da criação de novas instituições.

6. Referências Bibliográficas

- AARNIO, Aulis. *Le Rationnel comme Reasonable. La Justification en Droit*, Paris: LGDJ, 1992.
- ADORNO, Sérgio F. Judiciário e o Acesso à Justiça, In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*, São Paulo, IDESP:Editora Sumaré, 1995.
- ALEXI, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2005.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*. Paris: Seuil, 2005.
- ARIDA, Pérsio, A Pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma, *Revista Direito GV* 1, V. 1 N. 1, 2005.
- ARIDA, Pérsio; BACHA, E.; LARA-RESENDE, A. High interest rates in Brazil: conjectures on the jurisdictional uncertainty. Rio de Janeiro: Casa das Garças, Mimeografado, 2004.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 1999. BALDWIN, Robert. Why rules don't work?. *Modern Law Review*, v. 321, n. 53, p. 3, 1990.
- _____. *Rules and government*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto, *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São. Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2004.
- BILLIER, Jean-Cassien & MARYIOLY, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- BONELLI, Maria da Glória, *Profissionalismo e Política no mundo do Direito*, São Carlos, EdUFSCAR: IDESP:FAPESP, 2002.
- BRAITHWAITE, John; DAHOS, Peter, *Global Business Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAMPANELLA, Tommaso. *A Cidade do Sol*. Lisboa: Guimarães, 1966.
- COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- COSTA, Pietro & ZOLO, Dario (orgs.). *O Estado de Direito. História, Teoria e Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial Cível e a Democratização da Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2007.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It, *Philosophy and Public Affairs*, p. 87-139, 1996.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESSER Joseph. *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial de derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FAISTING, André Luiz. *O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: O Caso do Juizado Especial de Pequenas Causas*, Universidade Federal de São Carlos, Dissertação de Mestrado, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FELDMAN, Stephen M. *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism. An Intellectual Voyage*. New York: Oxford, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro, In: COSTA, Pietro & ZOLO, Dario (orgs.). *O Estado de Direito. História, Teoria e Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FRAGALE, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *RBPG*, v. 1, n. 2, nov. 2004.
- GALANTER, Marc. "A Justiça não se encontra apenas nas decisões dos Tribunais" In: HESPANHA, António, *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1993.
- GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limond, 1955.
- GOODIN, Robert E. (org.), *The Theory of Institutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

- GRAU, Eros Roberto. "Crítica da 'separação dos poderes': as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as leis-medida", In: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, São Paulo, Landy, 2004.
- _____. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n.63, p.105-118, julho, 2002.
- _____. *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*. New York, State of New York University Press, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*, Cambridge: Polity Press, 1989.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1991.
- _____. *Direito e Moral*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999.
- _____. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.
- _____. O filósofo como verdadeiros professor de Direito, *Revista Direito GV*, v.2, n.2, 2005.
- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo; SINHORETTO, Jacqueline; PIETROCOLLA, Luci Gati. *Justiça e Segurança na Periferia de São Paulo: os Centros de Integração da Cidadania*, São Paulo, IBCCRIM, 2003.
- HERBERGER, Maximilien, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt a. M: Klostermann, 1981.
- _____. Rangstufen der Rechtsdogmatik in Hinblick auf deren Bedeutung für die gesetzgebung, In: *Gesetzgebung und Dogmatik. 3. Symposium der Kommission "Die Funktion Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989.
- HEGEL, G.F. *Elements of the Philosophy of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- HEUSCHLING, Luc, *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002.
- HORAK, Franz. Dogma und Dogmatik. Zur genese und Entwicklung eines Begriffs in der Wissenschaftsgeschichte, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Hunderterster Band*, 101, pp. 275-293, 1984.
- HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law. 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford, 1992.

- KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934). Oxford: Clarendon Press, 2002.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LILLA, Mark. *The Stillborn God: Religion, Politics, and the Modern West*. Knopf, 2007.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MACHADO, Marta R. A. *A Teoria da Imputação de Gunther Jakobs*, São Paulo, USP, Tese de Doutorado (mimeo), 2007.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil*. São Paulo: Síntese, 2006.
- MILACIC, Slobodan. De séparation de pouvoirs à l'idée de contre-pouvoirs : Montesquieu revigorée par le néolibéralisme. In : PARIENTE, Alain. *La Séparation des Pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris : Dalloz, 2007.
- MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MORUS, Thomas, *A Utopia*. Lisboa: Guimarães, 1972.
- MÜLLER, Friedrich, *Métodos de Trabalho em Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. *O Novo Paradigma do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MÜLLER, Ingo, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. Cambridge: Harvard, 1992.
- NEUMANN, Franz L. *The Rule Of Law. Political Theory And The Legal System In Modern Society*, Leamington: Berg, 1986.
- _____. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944* (1942). New York: Harper Torchbooks, 1966.
- _____. *The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory*. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.
- NOBRE, Marcos. *Teoria Crítica*, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.
- _____. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil, *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: CEBRAP, jul. 2003.
- NORTH, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PAULSON, Stanley. Kelsen on legal interpretation, *Legal Studies*, 10, 136, 1990.

- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; MATTOS, Paulo Todescan Lessa, A Crise da Pesquisa em Direito no Brasil: Armadilhas e Alternativas ao Formalismo Jurídico. Trabalho apresentado ao Seminário SELA, Yale Law School, Porto Rico, EUA, 2007.
- PINHEIRO, Armando Castellar & SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Campus, 2005.
- PISTOR, Katharina; XU, Chenggang, Incomplete Law, *Journal of International Law And Politics*, Vol. 35:931, 2004.
- POSNER, Richard, Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes of the. Constitution, *Case Western Law Review*, 37, 179-217, 1987.
- _____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São. Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PÜSCHEL, Flávia Portella. As funções da responsabilidade civil e o artigo 927, § único, do Código Civil. *Revista Direito GV*, v. 1 n. 1, 2005.
- _____. Reflexões reformistas a partir de um panfleto revolucionário. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 229-237, 2006
- _____. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v. 3, p. 17-36, 2007.
- _____; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Questões atuais acerca da distinção entre as responsabilidades civil e penal. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 2007, (no prelo).
- RADBRUCH, Gustav. La securité en droit d'après la théorie anglaise. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie*. Paris: Sirey, 1936.
- RIPERT, Georg, *Le Regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. 1936
- ROCHA, Jean Paul. *A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: O Déficit Democráticoda regulação Financeira*, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, Tese de Doutorado, Mimeo, 2004.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do sujeito" In. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo: CEDEC, v. 61, 2004a.
- _____. A cabrocha e o magistrado: apontamentos sobre o drama do Direito no Brasil. In: TOLEDO, Marleide Paula Marcondes e Ferreira de. (Org.). *Cultura Brasileira: o jeito de ser e de viver de um povo*. São Paulo: Nankin, 2004b.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Pesquisa Empírica e Estado de Direito: A Dogmática Jurídica como controle do Poder Soberano, *Anais do CONPEDI – Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito*, Amazonas, Manaus, 2006.
- _____. *Fuga do Direito*. São Paulo: Saraiva, (no prelo), 2008.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues Assis. O raciocínio jurídico dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a Democracia, In: *Anais do 3º. Congresso Latino Americano de Ciência Política* (CD-ROM), 2006.
- _____. Direito e Racismo: Uma Leitura da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Capítulo de livro, 2008, (no prelo).
- SADEK, Maria Teresa (org.). *O Judiciário em Debate*, IDESP/Editora Sumaré, 1995.
- _____. *O Sistema de Justiça*, São Paulo, IDESP/Sumaré, 1999
- _____. *Acesso à Justiça*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- _____. *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SANTOS, Álvaro, The World Bank's Uses of 'Rule of Law': Promises in Economic. Development, In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SCHAUER, Frederick. Formalism, *Yale Law Journal*, 97, 509-548, 1998.
- _____. *Playing by the Rules*. Claredon Press, Oxford, 2002.
- SCHMITT, Carl, *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.
- _____. *Gesetz Und Urteil: Eine Untersuchung Zum Problem Der Rechtspraxis*. Berlin: O. Liebmann. Schmitt, Carl. 1914.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Nova Iorque: Harper Collins, 1984.
- SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. Quelques idées sur la constitution applicables a la Ville de Paris. In : *Oevres de Siéyès*. Paris: Edhis, s/d.
- SILVEIRA, Alípio, *O Fator Político-Social na Interpretação das Leis*. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946.
- TEUBNER, Günther, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. in: Gunther Teubner (Hg.) *Global Law Without A State*. Dartmouth: London 1996.
- _____. Juridificação - Noções, Características, Limites, Soluções, Revista de Direito e Economia, Coimbra, XIV, S. 17-100, 1988.
- TAMANAHAN, Brian Z. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

- TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, 1983.
- _____. Juridificação – Noções, características, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, v. 14, p. 17-100, 1988a.
- _____. [Org.]. *Dilemmas of law in the modern state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988b.
- _____. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TRUBEK, David. "Max Weber in Law and the Rise of Capitalism", *Wisconsin Law Review*, vol.3, pp. 720-753, 1972.
- _____. The 'Rule of Law' in Development Assistance: Past, Present, and Future, In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- _____.; SANTOS, Alvaro, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, London: Verso, 1996.
- _____. *Política – Os textos centrais, a teoria contra o destino*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001.
- _____. Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil, In: *Cadernos FGV Direito Rio*, Textos para Discussão no. 1, Rio de Janeiro, Novembro 2005.
- URBINATI, Nadia, *Representative Democracy. Principles & Genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2006.
- VERMEULE, Adrian, Three Strategies of Interpretation, *San Diego Law Review*, 42, 607, 2005.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999.
- VIBERT, Frank. *The Rise of The Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- VILE, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- WEBER. Max. *Economia y Sociedad*. Mexico-DF, Fondo de Cultura Economica, 1999.
- WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.