

LEGISLADORES, JURISTAS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: QUEM TEM O PODER DE DIREITO EM SOCIEDADE¹

Sérgio Said Staut Júnior²

Sumário: 1. Apresentação do tema: algumas perguntas que importam; 2. A discussão no âmbito do direito civil; 3. A Importância da História do Direito; 4. Escola da Exegese: O Direito como “Legislação”; 5. Escola Histórica – Direito como “coisa de juristas”; 6. Algumas observações finais; 7. Referências bibliográficas.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA: ALGUMAS PERGUNTAS QUE IMPORTAM



Discutir sobre o tema proposto implica em discutir ou revisar questões centrais para o direito, como as suas “fontes”, a sua “legitimidade” e a questão da “interpretação”. Remete, igualmente, para aquelas primeiras perguntas geralmente

¹ O presente artigo foi elaborado a partir da comunicação realizada no II Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, realizado em Curitiba-PR, Brasil, entre os dias 03-06 de setembro de 2014. Trata-se, igualmente, de uma versão atualizada do artigo intitulado “Quem tem o poder de “dizer o direito”: Os princípios jurídicos entre legisladores e juristas”, publicado na obra CUNHA, J. S. Fagundes. O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015

² Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor Adjunto do Curso de Direito e do Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da UFPR. Pós-doutor pela Università degli Studi di Firenze – Itália. Integrante do Núcleo de Pesquisas de História, Direito e Subjetividade do PPGD/UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD. E-mail: sergiostaut@gmail.com

feitas em uma introdução ao estudo do direito que são: “O que é o direito?”, ou “O que pode ser o direito” e “O que pode não ser o direito?”.

Em um país como o Brasil que adota “um” sistema de Civil Law, e “faz reverência” ao princípio da Tripartição dos Poderes (ainda que de forma bastante seletiva), a perspectiva de um direito que não é (ou não é apenas) fruto do trabalho do Legislador é uma questão que sempre desperta interesses e debates.

Além de propiciar um espaço rico para discutir os temas clássicos acima indicados, o debate sobre “Quem diz o direito?” ou “Quem tem o papel de dizer o direito em sociedade?” e, uma outra inquietação, que está na base dessas reflexões, “Se o direito é, de fato, tarefa de juristas ou apenas de juristas?” envolve a questão do poder e, talvez especialmente, a distribuição ou disputa pelo mesmo (poder) em sociedade.

O presente trabalho não tem qualquer pretensão de responder aos questionamentos aqui realizados. A intenção é simplesmente compartilhar de algumas preocupações que, na perspectiva adotada, parecem ser importantes para se pensar o atual momento do direito civil brasileiro.

Nesse sentido, a questão dos princípios, no direito, e o que é possível “fazer” ou “criar” com estas normas jurídicas na disputa (ou no diálogo) entre legisladores e juristas, representa um espaço bastante rico para a reflexão acadêmica.

2. A DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

Essa discussão, no âmbito de um Direito Civil contemporâneo, tem um significado especial porque muito do que se tem de mais interessante na área decorre, em grande medida, de um trabalho construtivo, constitutivo ou criativo da doutrina³ e

³ Apenas de forma exemplificativa, no âmbito do direito civil contemporâneo, é possível citar algumas obras como: FACHIN, Luiz Edson. Elementos Críticos do

da jurisprudência – e, aqui, os princípios exercem um papel orientador fundamental.

Apenas exemplificativamente e de forma muito superficial podemos citar no âmbito doutrinário: i) toda a construção relacionada aos direitos da personalidade e sua efetividade; ii) as relevantes mudanças no âmbito do direito das obrigações decorrentes da boa-fé objetiva e da função social dos contratos; iii) a defesa de outras perspectivas teóricas e práticas para a posse (não mais como exteriorização da propriedade); iv) toda a discussão e elaboração sobre um novo (ou outro) direito de propriedade (funcionalizado) e sobre os novos direitos reais; iv) e a elaboração e consolidação de um direito de família que integra muito mais do que exclui, que não discrimina, que estende direitos e não os reduz.

Em relação à jurisprudência, e igualmente de forma apenas exemplificativa, podemos citar: i) Os precedentes que deram origem à Sumula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal (e a própria Súmula Vinculante n. 25 do STF) que re-

Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; TEPEDINO, Gustavo (Org.). O código civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral. 1. ed., v.1, Rio de Janeiro: Renovar, 2013; LÔBO, Paulo. Direito Civil - Parte Geral - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; LÔBO, Paulo. Direito civil – Famílias. 4. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2011. GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração universal do genoma humano: um novo modelo jurídico pela natureza?. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 34, n.18, 2000; MARTINS-COSTA, Judith. A Boa Fé no Direito Privado. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. Os autores aqui citados são professores consagrados que, com as suas respectiva “Escolas” e com diferentes perspectivas, realizam reflexões críticas e participam de um processo, muito amplo, de construção de um outro direito civil brasileiro.

conhecem a ilicitude da prisão civil do depositário infiel (decisões que simbolizam muito deste direito civil preocupado com a tutela do “ser” e não apenas com o “ter”); ii) o polêmico Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação ao artigo 5º da lei de biossegurança, ADI 3510/DF, STF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008, (um dos exemplos mais significativos de um direito “criado” pela jurisprudência e fundamentado em argumentações que encontram nos “princípios” as suas bases); iii) toda a rica jurisprudência do STJ em relação à boa-fé objetiva (e o caminhar para um direito que valoriza a lealdade e a eticidade nas relações contratuais); iv) e as inúmeras decisões dos últimos vinte ou trinta anos que construíram um verdadeiro “Novo Mundo” para o Direito de Família (em que a decisão do STF envolvendo a União Estável de pessoas do mesmo sexo e as decisões do STJ em relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo são exemplos significativos e fundamentais para uma sociedade que quer e precisa superar preconceitos históricos).

Tratam-se de exemplos, em regra, de um direito jurisprudencial e doutrinário muito rico e criativo. Como observado, são posicionamentos e decisões que integram, que reconhecem ou estendem direitos, preocupados com o cumprimento dos objetivos e das propostas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Existem, portanto, evidências e comprovações doutrinárias e jurisprudenciais muito concretas que demonstram a existência e talvez o crescimento, ou a retomada de consciência, deste direito doutrinário e jurisprudencial.⁴

⁴ Apenas para citar mais alguns elementos dessa dimensão doutrinária e jurisprudencial do direito, cabe mencionar: i) o importante papel das súmulas no direito brasileiro atual; ii) a recorrente “cobrança” em concursos públicos nacionais de decisões de ministros dos Tribunais Superiores e de posicionamentos doutrinários consagrados; iii) os enunciados das “Jornadas de Direito Civil” da Justiça Federal ou do CNJ (que, infelizmente, são tomados praticamente como “verdadeiros textos legislativos ou súmulas vinculantes” e não como posicionamentos doutrinários que, de fato, são).

Mas existem, igualmente, exemplos muito negativos desse direito “dos juristas” (da doutrina e da jurisprudência). Sem entrar em detalhes, pode-se resumidamente mencionar a existência e a prática corrente, no Brasil, de inúmeras decisões arbitrárias ou carentes de fundamentações razoáveis, aceitáveis ou, no mínimo, possíveis. Verificam-se também interpretações e posicionamentos doutrinários comprometidos com interesses de poucos. E, como é sabido, existem (e não são poucos) juristas que se prestam a construir este tipo de direito (com “d” minúsculo).

Cabe mencionar, ainda, a preocupação crescente, na própria doutrina, com a questão da construção e respeito aos precedentes⁵ e com temas como ativismo e decisionismo judicial⁶. Tais inquietações se devem justamente porque demanda-se por maior segurança ou certeza no âmbito judicial.

Assim, falar em um direito jurisprudencial e doutrinário (baseado em princípios) como se isso fosse, aprioristicamente, melhor do que um direito dito “legislado”, pode conter algumas armadilhas que devem (ou deveriam) ser evitadas.

Revisitar criticamente, ainda que em linhas muito gerais, alguns “momentos” do pensamento jurídico ao longo da história do direito, pode oferecer ferramentas adequadas para se refletir sobre estas temáticas do presente.

3. A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DO DIREITO

⁵Nesse sentido, verificar as interessantes reflexões de MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3a ed., São Paulo Revista dos Tribunais. 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. “In”: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.49, 2009, p.11-58.

⁶ Apenas como ilustração, no Brasil, é a obra de STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. O curioso (ou preocupante) é que boa parte da doutrina jurídica brasileira, do final do século XX, de caráter talvez mais progressista, que trabalhou com as possibilidades hermenêuticas e estimulou um papel mais ativo do Poder Judiciário na concretização das proposta e objetivos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, atualmente, está preocupada exatamente com os limites dessa atuação.

As temáticas sugeridas podem ter contornos específicos nos dias de hoje, mas, do ponto de vista da teoria e da história do direito, não são tão novas assim. São questões que com conteúdos, formas e sentidos diversos, são tematizadas ao longo da história. Tratam-se, evidentemente, de preocupações de ordem profundamente culturais e antropológicas. E, por isso, a resposta a estas perguntas depende, igualmente, do tempo e do espaço em que são pensadas.

Por isso, a compreensão dos institutos jurídicos e das suas implicações em sociedade não pode estar distanciada do estudo e da reflexão a respeito das diferentes temporalidades e localidades em que foram pensados e idealizados estes diferentes direitos.

Na linha de António Manoel Hespánha, verifica-se que “o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais.”⁷ O direito é, evidentemente, um “produto histórico” e precisa ser compreendido como um fenômeno social, fruto das relações em sociedade, inserido em um determinado tempo e espaço.⁸

A relatividade temporal e espacial do direito merece ser destacada e bem compreendida para que não se naturalize o

⁷ HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 15.

⁸ Nessa linha, conforme sustenta Ricardo Marcelo FONSECA, deve-se entender “a história não apenas como uma ‘introdução’ ao estudo ou à análise que, após ser utilizada sem critério, não será retomada em nenhum outro momento da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo, constituindo o seu cerne metodológico.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. Genesis, Curitiba, nº 17, p.570-585, jul./set. 2000, p. 574). Verificar também FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2009. FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2009.

habitual. Historicizar os vínculos jurídicos e sociais existentes em dada comunidade, sem naturalizá-los,⁹ é tarefa necessária.

Nessa perspectiva, a proposta é trabalhar ou utilizar duas Escolas do pensamento jurídico do século XIX, talvez as mais conhecidas no Direito Privado ocidental, para analisar criticamente a questão sugerida no presente artigo. Observar elementos da “Escola da Exegese”, para ter contato com uma visão de um direito mais “Legislativo” (ou um direito mais “Legislado”), e considerar a “Escola Histórica do Direito”, como exemplo de um direito mais jurisprudencial, e sobretudo, doutrinário).

4. ESCOLA DA EXEGESE: O DIREITO COMO “LEGISLAÇÃO”

A Escola da Exegese é geralmente reconhecida como uma escola do pensamento jurídico francês, do século XIX, que identifica o direito com a Lei proveniente do Estado, especialmente a codificada. É com o movimento de codificação na Europa que a lei estadual começa “a monopolizar a atenção dos juristas”¹⁰.

Na França, após 1804, com a elaboração do *Code Civil*, também chamado de Código de Napoleão, o encantamento com a atividade do legislador assume uma importância sem precedentes na história.

Essa escola, de certa forma, representa um processo de

⁹ Deve-se estar atento à “naturalização” do habitual. Conforme explica Natalino Irti, “*Si scopre così che il naturalismo è assai poco ‘naturale’, e piuttosto ascrive alla natura, e protegge con predicati di assolutezza e immutabilità, il contingente risultato di un periodo storico e di una volontà politica.*” (IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. VI). [Tradução livre: Descobre-se assim que o naturalismo é muito pouco ‘natural’, e preferencialmente atribui à natureza, e protege com predicados de caráter absoluto e imutabilidade, o resultado contingente de um período histórico e de uma vontade política.]

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 401.

redução e simplificação do fenômeno jurídico ocorrido na Modernidade.¹¹ O direito, progressivamente, passa a ser um produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo progressivamente com isso a sua dimensão plural e social.

Como ensina Paolo Grossi, “no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político”¹².

Trata-se, evidentemente, de um processo longo de mudança de mentalidade, permeado de contradições e renitências,¹³ mas progressivo de dissolução da sociedade medieval e de sua ordem jurídica.

Nesse espaço e tempo, a “forma código”¹⁴, constituindo “a concretização da *volonté générale*”¹⁵, torna-se o modelo ideal de Direito, ou melhor, não há Direito e direitos que este-

¹¹ Segundo Paolo Grossi, esse processo pode ser chamado de “Absolutismo Jurídico”. GROSSI, Paolo. *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1988. Conforme o autor, “Absolutismo jurídico significa uma civilização jurídica que perde (ou diminui muito) a percepção da complexidade; uma civilização jurídica que se tornou uma ordem simples, extremamente coerente em suas linhas essenciais, forte em uma sua lógica rigorosa, mas muito pouco sensível ao devir e, sobretudo, à mudança.” (GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 142).

¹² GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios ...*, p. 142.

¹³ Como demonstra Hespánha, esse processo de centralização do poder político e de monismo jurídico é lento e gradual, além de ser bastante desigual dependendo do momento e do espaço territorial analisado. Não se deve ignorar, conforme alerta o mesmo autor, a manutenção de pluralismos jurídicos e políticos durante todo o período histórico compreendido como antigo regime. (HESPANHA, António Manuel. *Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma*. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 07-58).

¹⁴ CAPPELLINI, Paolo. *Il codice eterno – la Forma-Codice i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*. “in” CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè, 2000.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia ...*, p. 402.

jam para além dos monumentos legislativos codificados. Ao intérprete e à doutrina cabe apenas o culto à Lei, numa atividade de submissão à vontade do legislador. Não é sem razão que o nome dessa corrente do pensamento jurídico é “Exegese”.

Nesse direito pós-revolucionário, marcado por sua pretensão à totalidade e universalidade, bem como por sua estatição, a “forma Código”¹⁶ (o Código no seu modelo moderno, filho do Iluminismo e de inspiração jusnaturalista¹⁷ racionalista) é a grande marca dessa nova mentalidade jurídica. Aqui, aplicar princípios não é algo visto com bons olhos.

A “forma Código” tem a pretensão de regular todas as zonas do ordenamento jurídico e, na explicação de Grossi, o “drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na Lei.”¹⁸ Uma fonte (a forma código) que se caracteriza por uma tipicidade inconfundível: i) tende a ser a fonte unitária (forte monismo jurídico – em que a lei proveniente do Estado é a fonte quase exclusiva do direito); ii) tende a ser fonte completa (toda a experiência, toda a realidade é reduzida a um sistema de regras jurídicas); iii) tende a ser fonte exclusiva (o direito estatal como a única fonte legítima de direito, materializada no Código). Trata-se, portanto, de um processo radical de redução do fenômeno jurídico.¹⁹

¹⁶ Para uma reflexão crítica e muito interessante sobre o papel do Código na Modernidade, verificar CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè. 2000.

¹⁷ Como explica Paolo Grossi: “O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado.” GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed., Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 114. Hespanha fala em “positivação da razão”. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*).

¹⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade ...*, p. 44.

¹⁹ Segundo Grossi, “Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente redutiva (...)” GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade ...*, p. 104.

No entanto, o balanço crítico da Escola da Exegese deve levar também em consideração algumas das suas contribuições. Como explica Hespanha: “a ideia de um código ‘civil’ (i. e., dos cidadãos) reflete o princípio da igualdade dos cidadãos, típica dos novos Estados pós-revolucionários, igualdade que os códigos pretendiam garantir justamente pela sua generalidade e pela estrita subordinação dos juízes aos seus preceitos. Por outro lado, a ideia de um código, compacto, organizado e claro, visava facilitar a democratização do direito, pela generalização do seu conhecimento, evitando, deste modo, que os juristas tivessem de ocupar o lugar de mediadores forçosos entre o direito e o povo. Por fim, não se deve esquecer que as grandes e rápidas mudanças sociais e políticas dos finais do século XVIII e inícios do século XIX só podiam ser institucionalizadas por via legislativa.”²⁰

Além disso, muitos dos representantes da Escola da Exegese, em maior ou menor medida, questionavam a mentalidade jurídica medieval: classista, naturalmente desigual, retrógrada, injusta, complexa e contraditória. Há uma preocupação clara com a liberdade (principalmente a contratual) e com a igualdade (mesmo que esta seja apenas a igualdade formal).

No entanto, ainda conforme Hespanha, mesmo no auge da Escola da Exegese, o jurista ao declarar o direito (ou ser a boca que pronunciava as palavras da lei) também o criava. Se há algo de que os juristas procuram não “abrir mão” é o “dizer o direito em sociedade.”

5. ESCOLA HISTÓRICA – DIREITO COMO “COISA DE JURISTAS”

Aproximadamente nesse mesmo período histórico, século XIX, em parte do que atualmente é a Alemanha, havia uma outra importante “Escola” do pensamento jurídico, que

²⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia ...*, p. 406.

ficou conhecida como “Escola Histórica do Direito”.²¹

Para essa corrente do pensamento jurídico, o direito está plasmado na sociedade. É encontrado na sua história, nas suas tradições, está no “espírito do povo”. Não pode ser reduzido a esquemas legislados e autoritários. É muito mais tradição do que vontade. Não decorre de um comando emanado do Estado (até porque Estado, nos termos contemporâneos, ainda não é uma realidade na Alemanha nesse momento). Aqui, ainda se diz que o direito vem antes do que a Lei.

Como ensina Hespanha, “O programa da Escola Histórica era, justamente, o de buscar as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade – subsidiária da filosofia da cultura organicista e evolucionista de Herder e do ambiente cultural e político do romantismo alemão – levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se leem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente atuante, “o espírito do povo” (Volksgeist), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação.”²²

Nesse sentido, a Escola Histórica valoriza a dimensão consuetudinária e doutrinal do direito. Trata-se de uma forma de compreender o direito antilegalista (em que os princípios também são valorizados). Aponta e realiza um trabalho profundo de sistematização e organização do direito. Valoriza a história do direito (ainda que utilizando-a de forma bastante dogmática).²³

²¹ Sobre a Escola Histórica do Direito verificar também WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 397 – 491.

²² HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia ..., p. 410-411.

²³ Deve ser observada a advertência de Franz Wieacker que “Hoje, já não constitui

O problema ou a questão central, para este trabalho, é que o “espírito do povo”, no direito, era capturado ou compreendido (e revelado) por uma elite cultural, ou seja, pelos “grandes juristas”, professores e “cientistas” que se ocupavam da dimensão jurídica. Tratava-se de um direito “feito” por poucos. Dito de outra maneira, era um direito muito pouco democrático (analisando-o com as lentes do presente).

6. ALGUMAS OBSERVAÇÕES FINAIS

O que, a partir dos traços muito gerais dessas duas “Escolas” do pensamento jurídico, pode ser pontuado a título de observações finais e provisórias.

Inicialmente, cabe destacar que em um Estado Democrático, não se deve deixar de lado a pretensão universalista e democrática da “lei” no sentido de ser um direito feito “por todos” e “para todos” (ainda que se tenha uma carência de legitimidade e representatividade no âmbito do legislativo). Isso é importante ser reforçado e defendido, inclusive, pelos próprios juristas.

Além disso, é necessário reconhecer que a doutrina e a jurisprudência também têm um papel constitutivo e criativo no processo de “dizer o direito” em sociedade. Justamente por isso, manter um olhar atento e crítico sobre esse aspecto da dimensão jurídica é imprescindível. O papel democrático (ou não) de um direito jurisprudencial e doutrinário, os seus fundamentos ou argumentos, assim como as construções jurídicas realizadas a partir de discursos que buscam nos princípios a suas bases, devem ser inquietações dos juristas.

A origem e legitimidade democrática (ou não) dos chamados princípios jurídicos, e aquilo que pode ser feito a partir

tarifa do historiador fundamentar historicamente os direitos actuais, como, outrora, na Idade Média e até à época barroca; ou tornar possível a interpretação histórica do direito vigente, como ainda se pretendia na ciência jurídica do séc. XIX.” (WI-EACKER, Franz. História do direito privado moderno ..., p. 03).

dessas ferramentas, merece investigação, aprofundamento e questionamentos. O texto constitucional brasileiro de 1988 fornece ou deve orientar, obviamente, os parâmetros de legitimidade de toda esta “principiologia” jurídica.

Entender, assim, a contribuição importantíssima da doutrina e da jurisprudência na composição da dimensão jurídica de uma determinada comunidade, mas manter, igualmente, a atenção para as suas insuficiências.

Conforme demonstra Zagrebelsky²⁴, os direitos legislados (produzidos por parlamentos que representam ou tem a pretensão de representar o povo), assim como os direitos doutrinários e jurisprudenciais (produzido por juristas na sua atividade prática e legítima) são momentos importantes e fundamentais para o direito. No entanto, o direito contemporâneo, sem abrir mão das suas tarefas (ou simplesmente delegá-las a economistas), necessita, cada vez mais, dialogar com outros saberes e precisa de outros personagens e atores que não apenas aqueles tradicionais. “Como” realizar estes diálogos, é um desafio que se coloca para o tempo presente.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno – la Forma-Codice i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. “in” CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. Codici: una riflessione di fine millennio. Milano: Giuffrè, 2000.

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite: legge diritti giustizia. Torino: Einaudi. 2010.

- CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault*. *Genesis*, Curitiba, nº 17, p.570-585, jul./set. 2000, p. 574.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração universal do genoma humano: um novo modelo jurídico pela natureza?*. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 34, n.18, 2000.
- GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1988.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed., Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma*. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura*

- jurídica europeia. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte Geral - 3ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil – Famílias*. 4. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes brigatórios*. 3a ed., São Paulo Revista dos Tribunais. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. “In”: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n.49, 2009, p.11-58.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa Fé no Direito Privado*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. 1. ed., v.1, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª

ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi. 2010.