PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

O CONTROLE JURISDICIONAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

O CONTROLE JURISDICIONAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para o título de DOUTOR em Direito, sob a orientação do prof. Dr. Gabriel Chalita.

SÃO PAULO

2014

Souza Netto, Antonio Evangelista. **O controle jurisdicional do plano de recuperação judicial: paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

Banca Examinadora:

_____

Professor Doutor Gabriel Chalita
PUC-SP
(Orientador)

_____

Profa. Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim
PUC-SP

_____

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho
PUC-SP

_____

Prof. Dr. José Renato Naline
USP

_____

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva
FAADISP

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 15/07/2014

E-mail: aesn@tjpr.jus.br

C729

Souza Netto, Antonio Evangelista de

O controle jurisdicional do plano de recuperação judicial: paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição/ Antonio Evangelista de Souza Netto. – São Paulo: s.n., 2014.

313 p. ; 30 cm.

Referências: 263-282

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Chalita
Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

1. Direito - Brasil
2. Recuperação judicial – Leis e Legislação - Brasil

CDD 340

Dedico esta Tese ao Grande Arquiteto do Universo com o qual sempre recobrei as forças necessárias à longa caminhada da vida.

“(...) Normalmente, quando as pessoas estão tristes, não fazem nada. Se limitam a chorar. Mas quando sua tristeza se converte em indignação, são capazes de fazer as coisas mudarem (...).” (Malcolm X)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Gabriel Chalita, pelos valiosos ensinamentos doutrinários, pelos estímulos acadêmicos e, principalmente, pela imensa atenção que me dispensou durante o decorrer de toda a pesquisa e elaboração deste trabalho.

Aos meus pais Heron Correia Moxotó e Maria Irene de Souza Moxotó, e à minha tia Luiza Erundina de Souza, pela referência que sempre foram e continuarão sendo, bem como pelo apoio incondicional que sempre me prestaram.

Agradeço à Bianca Ribas Wolff, pelo companheirismo e apoio.

Na pessoa do meu valioso irmão de toga e exemplar Magistrado, Paulo Guilherme Ribeiro da Rosa Mazini, bem como na pessoa do Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, paradigma a ser seguido por todos aqueles que se dedicam a obra de julgar, agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Gloriosa Casa de Justiça, pela honra de integrar os seus quadros.

Souza Netto, Antonio Evangelista de. **O controle jurisdicional do plano de recuperação judicial: paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

RESUMO

Esta tese tem por objeto o controle jurisdicional do plano de recuperação judicial, além dos paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da Jurisdição. O objetivo é identificar quais são estes paradigmas e a melhor forma de utilizá-los no exercício da função jurisdicional, notadamente diante do plano de recuperação judicial. Inicialmente, pesquisa desenvolve-se através de questionamentos sobre os conflitos sociais, a atividade jurisdicional do Estado, e os temas que lhes são correlatos, como política, o poder, a legitimação, o direito. Em seguida, cuidaremos das questões que envolvem a recuperação judicial. Faremos uma análise da empresa, enquanto categoria econômica, para, em seguida, discutirmos as crises empresariais e os meios de superação, notadamente a própria recuperação judicial. Após cuidarmos da atividade jurisdicional do Estado e da Recuperação Judicial, apresentaremos os paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado contemporâneo no âmbito da recuperação judicial. Em síntese, os paradigmas apresentados são os seguintes: Assunção da atividade filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado; Compreensão adequada da topografia epistemológica do direito; Reconhecimento da pessoa humana como referência da Jurisdição; Atuação historicamente situada do Magistrado, conforme a cultura de seu tempo; Adoção de procedimentos na operação das questões jurídicas; Utilização reunida dos saberes para enfrentamento das questões jurídicas; Contemplação sistêmica dos problemas que envolvem o direito; e, por fim, Reconhecimento do direito como fenômeno linguístico.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; Leis e Legislação – Brasil.

Souza Netto, Antonio Evangelista de. **The jurisdictional control over the judicial reorganization plan: paradigms to the Magistrate's cognoscitive protagonism whilst in the Jurisdiction's exercise.** Thesis (Law PhD). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

ABSTRACT

This thesis has as object the jurisdictional control over the judicial reorganization plan, besides the paradigms to the Magistrate's cognoscitive protagonism whilst in the Jurisdiction's exercise. The objective is to identify which are those paradigms and the better way to make use of them in the jurisdictional function's exercise, notably facing the judicial reorganization plan. Initially, research is developed through questionings regarding social conflicts, the jurisdictional State's activity, and the themes which are correlative to them, such as politics, the power, the legitimation, the law. Then, questions which contemplate judicial reorganization will be handled. A firm analysis, whilst economic category, will be made so that, in what follows, we are able to discuss the organizational crises and their overcoming means, notably the very own judicial reorganization. After having handled the State's jurisdictional activity and the Judicial Reorganization, the paradigms to the contemporary Magistrate's cognoscitive protagonism in the judicial reorganization ambit will be presented. To sum up, the presented paradigms are the following: Assumption of the philosophical activity in the Magistrate's cognoscitive protagonism; Adequated comprehension of law epistemological topography; Recognition of the human person as a Jurisdiction's reference; Historically placed action of the Magistrate, conforming to its time's culture; Adoption of procedures in the operation of legal issues; Systemic thought of the problems which involve law; and, finally, Recognition of law as a linguistic phenomenon.

Keywords: Judicial Recovery, Laws and Legislation – Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 01

CAPÍTULO I - A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO..... 06

1.1 - A política, o poder, a legitimação e o Direito..... 06

1.2 - Conflitos sociais e meios de superação..... 18

1.3 - Jurisdição..... 21

1.4 - Princípios e Garantias da Jurisdição..... 26

CAPÍTULO II - RECUPERAÇÃO JUDICIAL..... 56

2.1 - Análise da empresa como categoria econômica..... 57

2.2 - Crises econômicas..... 72

2.2.1 - As origens das crises: recursos econômicos, escassez e desejos..... 73

2.2.2 - Crise empresarial: meios de superação e intervenção do Estado..... 79

2.3 - Recuperação judicial..... 95

2.4 - Análise crítica ao tratamento legislativo do controle jurisdicional do plano de recuperação judicial..... 112

CAPÍTULO III - PARADIGMAS PARA O PROTAGONISMO COGNOSCITIVO DO MAGISTRADO CONTEMPORÂNEO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 119

3.1 - Assunção da atitude filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado: uma análise crítica para a atuação humanizada e emancipatória..... 123

3.1.1 - Crítica, filosofia e ciência na atividade do Magistrado..... 124

3.1.2 - A desarticulação do saber essencialmente científico: a (re) inclusão do homem na pauta do conhecimento e o reconhecimento da axiologia na atitude epistemológica..... 132

3.1.3 - A (re)união do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo..... 136

3.2 - Topografia epistemológica do Direito..... 139

3.2.1 - Filosofia do Direito..... 139

3.2.2 - Direito positivo e ciência do Direito..... 145

3.2.3 - Dimensão semântica da norma jurídica..... 151
3.3 - Dignidade da pessoa humana como referência da Jurisdição..... 156
3.3.1 - A questão da liberdade - críticas para uma compreensão semântica dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana..... 159
3.4 - Historicidade, cultura e direito - Apontamentos para o protagonismo do Magistrado conforme a cultura e os valores de seu tempo..... 173
3.4.1 - Relativização da 'verdade' e sua variação semântica..... 174
3.4.2 - A limitação da liberdade no contexto cultural..... 177
3.4.3 - Ideologia e neutralização dos valores insertos no discurso persuasivo da dogmática jurídica..... 179
3.4.4 - Compreensão cultural e historicamente situada do Direito..... 182
3.4.4.1 - Compreensão cultural do Direito..... 183
3.4.4.2 - Operação historicamente situada do Direito..... 185
3.4.4.3 - Referência axiológica da Constituição..... 193
3.5 - Compreensão procedimental do Direito..... 197
3.5.1 - Natureza procedimental do conhecimento..... 198
3.5.2 - Utilização do procedimento para a compreensão do fenômeno.. jurídico 203
3.6 - A utilização reunida dos saberes para uma compreensão plural..... 209
3.6.1 - Pluralidade e diversidade categórica dos saberes..... 211
3.6.2 - Metadisciplinaridade (transdisciplinaridade e pluridisciplinaridade)..... 221
3.7 - Compreensão sistêmica do Direito..... 228
3.7.1 - Apontamentos sobre a teoria geral do sistema..... 229
3.7.2 - Análises do Direito como sistema..... 233
3.8 - Língua e linguagem..... 242
3.8.1 - O movimento do "giro-linguístico", a superação dos métodos e a desconstrução da verdade absoluta a partir da linguagem... 244
3.8.2 - Reconhecimento do Direito como linguagem..... 246

CONCLUSÃO..... 251
BREVES E DESPRETENSIOSAS REFLEXÕES CONCLUSIVAS..... 258
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 263
ANEXO I - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO 283
ANEXO II - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES..... 297

INTRODUÇÃO

O exercício da atividade empresarial é fundamental para a (con)formação do cenário econômico. Aliás, a empresa tem vocação social.

De fato, tratar das questões que envolvem as crises empresariais, ainda que indiretamente, implica abordar temas que interessam a toda sociedade.

Com efeito, a recuperação judicial das empresas, como um dos meios de superação das crises empresariais, em última análise, é recurso de pacificação social, interessante aos membros da coletividade, como um todo[1].

Diante da relevância dessa questão, mostra-se fundamental que o Magistrado detenha os meios e recursos adequados ao seu enfrentamento.

Daí a importância de investigarmos quais os meios e recursos, mais coerentes e adequados, inclusive do ponto de vista republicano, para o enfrentamento dessas questões, por parte do Magistrado.

A tese será desenvolvida da seguinte forma.

No **Capítulo I - A atividade Jurisdicional do Estado -**, os tópicos enfrentados são os seguintes: A política, o poder, a legitimação e o Direito; conflitos sociais e meios de superação; Jurisdição; princípios e garantias da Jurisdição.

Inicialmente, considerando a proximidade temática, abordaremos quatro categorias fundamentais à compreensão do fenômeno jurídico: a política, o poder, a legitimação e o Direito.

Veremos que o convívio em sociedade é resultante do caráter gregário do homem. Para viver em sociedade, o homem, invariavelmente, deve se utilizar dos recursos da política. Essa convivência, politicamente organizada, se sustenta, em grande parte, pelo exercício do poder, nas suas mais variadas modalidades. Em arremate, o Direito, por seu turno, irá oferecer os mecanismos de exercício desse poder no seio da sociedade.

Por força disso, abordaremos os aspectos da operação deontológica do Direito sobre os membros da sociedade. Procuraremos demonstrar como as normas

[1] Justamente porque "(...) a paz é o fim do direito, infelizmente a força é seu meio. No contraste entre o meio e o fim esta como que o peso de sua humanidade (...) essa é a inferioridade ou o custo da solução jurídica do litígio em confronto com a solução moral. Somente esta é espontânea; a primeira é imposta. Por isso a coação, isto é, a força, é uma nota inseparável do direito; também o direito tem seu exército e seu arsenal. Para evitar a guerra há necessidade de armas e de soldados, como para fazê-la." CARNELUTTI, Francesco. **Discursos sobre o direito**. Tradução Francisco José Galvão Bruno. Leme: Hebermann, 2009, p. 18.

incidem sobre os fatos jurídicos que merecem os cuidados do operador do Direito, além das características estruturais da norma jurídica.

Cuidaremos, também, dos conflitos sociais, e da Jurisdição, como instrumento de sua superação.

Por fim, apresentaremos os princípios e garantias da Jurisdição que deverão ser utilizados como referência para que o Magistrado possa enfrentar os desafios da recuperação judicial.

Já no **Capítulo II - Recuperação Judicial -**, discutiremos as seguintes questões: Análise da empresa como categoria econômica; as origens das crises econômicas; a crise empresarial; os meios de superação e a intervenção do Estado; a recuperação judicial e a análise crítica ao tratamento legislativo do controle jurisdicional do plano de recuperação judicial.

Considerando a importância da economia para a vida em sociedade, inclusive no aspecto jurídico, estudaremos as origens do fenômeno econômico, a gestão de recursos e sua implicação no exercício das lideranças no seio da sociedade.

Partindo da influência da economia na (con)formação da sociedade e do Estado, investigaremos a posição do Estado diante das crises econômicas, conforme os modelos de Estado. Nesse ponto, sem nos furtarmos de algumas abordagens laterais, enfatizaremos nossa análise nos estados Social e Liberal.

Cuidaremos da empresa, como categoria econômica, dotada de função social.

Aproveitando os esclarecimentos deixados por ocasião das discussões sobre economia e empresa, investigaremos a crise empresarial, bem como os instrumentos para a sua superação.

Dentre os muitos meios e recursos para superação da crise empresarial, apresentaremos a Recuperação Judicial, com algumas ressalvas, como um recurso legítimo e oportuno para a superação das crises.

Por fim, faremos uma análise crítica sobre o controle jurisdicional do plano de recuperação judicial, nos termos da lei.

No **Capítulo III - Paradigmas para o Protagonismo Cognoscitivo do Magistrado Contemporâneo ao âmbito da Recuperação Judicial -,** abordaremos os seguintes tópicos: assunção da atitude filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado: uma análise crítica para a atuação humanizada e emancipatória; crítica,

filosofia e ciência na atividade do Magistrado; a desarticulação do saber essencialmente científico: a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento e o reconhecimento da axiologia na atitude epistemológica; a (re)união do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo; topografia epistemológica do direito; a pessoa humana como referência da Jurisdição; a questão da liberdade - críticas para uma compreensão semântica dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana; a dignidade da pessoa humana conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; historicidade, cultura e direito - apontamentos para o protagonismo do Magistrado conforme a cultura e os valores de seu tempo; compreensão cultural e historicamente situada do direito; compreensão procedimental do direito; natureza procedimental do conhecimento; utilização do procedimento para a compreensão do fenômeno jurídico; a utilização reunida dos saberes (uma pluralidade compreensiva); reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento; pluralidade e diversidade categórica dos saberes; transdisciplinaridade e pluridisciplinaridade; compreensão sistêmica do direito; apontamentos sobre a teoria geral do sistema; análises do direito como sistema; língua e linguagem; o movimento do "giro-linguístico", a superação dos métodos e a desconstrução da verdade absoluta a partir da linguagem; reconhecimento do direito como linguagem.

Em síntese, para assumir os paradigmas sugeridos no exercício da Jurisdição, o Magistrado: **1 -** Tem de ser ciente e consciente de que vivemos num tempo de altas complexidades, e que a atitude filosófica é essencial ao exercício de toda atividade intelectual, inclusive da Jurisdição. De outro turno, considerando a desarticulação do saber essencialmente científico, o Magistrado deve assumir a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento, além da presença da axiologia na atitude epistemológica e, por conseguinte, a (re)aproximação do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo; **2 -** Precisa reconhecer a posição topográfica do Direito no plano epistemológico, e estar ciente do espaço ocupado por ele dentro do espectro científico; **3 -** Deve, necessariamente, reconhecer a dignidade da pessoa humana como referência da atividade jurisdicional; **4 -** Tem de atuar conforme a cultura do seu tempo, atento para os valores que preponderam no momento histórico de sua atuação; **5 -** Carece adotar procedimentos no tratamento das questões jurídicas; **6 -** Necessita buscar uma compreensão plural do fenômeno jurídico, partindo da utilização reunida dos saberes; **7 -** Deve assumir uma

consciência sistêmica do fenômeno jurídico, e das demais projeções fenomenológicas que lhes afeta; **8 -** Precisa reconhecer que a operação do fenômeno jurídico se dá através da linguagem.

Defenderemos, portanto, que, somente com a utilização concomitante de todos os paradigmas indicados acima, poderá haver uma adequada atuação jurisdicional do Magistrado perante o plano de recuperação judicial.

Apresentada a estrutura geral da nossa tese, deixemos, ainda, algumas considerações sobre as provocações que animaram seu desenvolvimento.

Ainda que do enorme volume de estudos e produções acadêmicas, quase tudo esteja inserido na antiguidade, já que as questões fundamentais foram postas na Grécia, se avançamos em algo, foi menos na essência que na forma e na quantidade, vale dizer, agregamos novos ornamentos retóricos nas velhas e grandiosas ideias gregas.

Mas, ao nosso juízo, um ponto é positivo: os homens devem ser menos arrogantes e reconhecer que, nestes milênios de produção intelectual, não avançaram quase nada, exceto, talvez, nas dúvidas e incertezas. Envaidecidos com o volume de informações produzidas, os seres humanos acreditam que tenham sido capazes de revoluções no campo do pensamento. No entanto, tudo não passa de uma grande miopia. Aliás, discutimos, nesta tese, temas suscitados há dois, três mil anos, sem lançarmos qualquer ineditismo, digno de nota, sobre eles.

Arrebatados por este sentimento angustiado de estagnação do pensamento, sobretudo no campo da dogmática jurídica, é que nos lançamos ao desafio desta tese.

Escrevemo-la, talvez, menos pela busca do novo que pela comunhão do sentimento que nos colhe sobre a inação no campo da produção intelectual, a partir da filosofia.

Contentar-nos-emos se estes pensamentos francos - amiúde suscitados pela leitura do que já estivera escrito e acabado, confessamos - sirvam, ao menos, como uma advertência provocativa sobre nosso protagonismo existencial, sobretudo no campo do conhecimento.

Propomo-nos, e concitamos-vos (amigos leitores), uma retomada da atitude filosófica, como modo de vida e superação dos desafios que assomam diante de nós.

Neste mundo, extremamente complexo e paradoxalmente incompreensivo, acreditamos no agir filosófico como legítimo instrumento emancipatório.

Não sugerimos, por certo, que descartemos tudo o que já fora posto no campo do saber, mas defendemos que quanto mais recuarmos, aproximando-nos das origens filosóficas (sobretudo dos gregos e orientais da antiguidade), mais nitidez teremos sobre as “questões essenciais”.

Ainda que não alcancemos o destino, e nós, lamentavelmente, sentimos dizer, que, de fato, não o faremos, assim agindo, ao menos saberemos que temos um caminho para percorrer, um destino por buscar.

Talvez assim, não fiquemos tão perdidos nesse deserto de desilusões, como já assinalara Nietzsche - deserto que, embora repleto de placas, são quase todas essencialmente iguais, e que nos levam a caminhar circularmente, quando não nos põe no mesmo lugar.

CAPÍTULO I - A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

Neste capítulo, cuidaremos da atividade jurisdicional do Estado, iniciando pelo enfrentamento das questões que envolvem a política, o poder, a legitimação e o Direito.

Nesse contexto, apontaremos que o homem social está, necessariamente, atrelado à política. Além disso, a organização política da sociedade, como veremos, se sustenta, notadamente, pelo exercício do poder. Em complemento, demonstraremos que o Direito disponibilizará os instrumentos necessários ao exercício do poder no plano social.

Após o esgotamento dessas questões, trataremos dos conflitos sociais e dos meios de superação, destacando a Jurisdição.

Em arremate, faremos uma abordagem dos princípios e garantias da Jurisdição, numa perspectiva crítica, voltada à atuação do Magistrado no enfrentamento dos desafios impostos pela recuperação judicial.

1.1 - A política, o poder, a legitimação e o Direito

Para que possamos compreender bem os contornos da atividade jurisdicional do Estado[2] e, por conseguinte, do Magistrado, em princípio, é imprescindível que

[2] A propósito do Estado, Canotilho assinalará que a organização política não tem centro "(...) é um sistema de sistemas autônomos, auto-organizados e reciprocamente interferentes (...) é multipolar e multiorganizativa. Com efeito, ao lado do 'Estado', existem, difusos pela comunidade, entes autônomos institucionais (ordens profissionais, associações) e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à perda do centro (do Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um direito sem Estado, isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar reserva normativa da sociedade civil (...). O Estado não desaparecerá totalmente do discurso político-constitucional: ele constitui a forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas (...)." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993, p. 15. De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello dirá que "(...) As ideias jurídicas vigentes em um dado período sofrem inevitável influência do ambiente cultural em que estejam imersas. Com efeito, o mundo do Direito não vive em suspensão, alheio ao contexto socioeconômico que lhe serve de engaste. Pelo contrário, as concepções dominantes em uma sociedade são as que ofertam a matéria-prima trabalhada pelos legisladores e depois pelos intérpretes das regras por eles produzidas (...). O substrato político, econômico e social conformador de uma coletividade produz certa 'cultura', ou seja, uma dada maneira de ver, compreender e valorar o conjunto de relações sociais que ali se processa, de maneira que é neste contexto que residem os ideais presidentes de sua coesão." MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 1049.

(re)conheçamos a íntima relação existente entre a política, o poder, a legitimidade para o seu exercício, e o Direito[3].

Antes de tudo, é importante acentuar que a vida em comunidade carece de organização.

Todavia, a forma de organização de uma comunidade é concebida pouco a pouco, da, e na, própria inter-relação dos seus membros.

Naturalmente, é a convivência, os gostos e desgostos, que irão revelar, paulatinamente, qual o melhor modelo de organização de um grupo de sujeitos.

De fato, somente após sucessivas repetições fenomenológicas, para usar uma expressão de Husserl, os modais comportamentais ganham certa estabilidade, e passam, então, a ser reconhecidos como adequados ao comportamento do grupo. Neste momento, o grupo faz do comportamento uma norma.

Esta última, o padrão comportamental eleito, ao menos temporariamente, como adequado pelos membros dos grupos. Os sujeitos, a partir da observação dos paradigmas comportamentais estampados na norma, podem, portanto, orientar suas condutas.

Sabendo, previamente, como deve agir o sujeito (não como agirá), os membros do grupo criam (ou ao menos deveriam criar) uma expectativa sobre a atuação do sujeito, conforme o modelo normativo.

Ao descumprir a norma, e frustrar a expectativa dos membros do grupo, o sujeito deverá ser punido, notadamente pela frustração experimentada por seus pares.

É claro, as modalidades de sanção variarão no decorrer da história; vão desde as arcaicas penas corporais, operadas pela vingança privada, até as contemporâneas penas restritivas de Direitos, com efeitos meramente pedagógicos.

Seguramente, sem esse mecanismo de orientação da conduta pela norma, seguida da punição pelo seu descumprimento, a sociedade permaneceria mergulhada num profundo estágio de insegurança.

Atentemo-nos, ademais, para o fato de que, naturalmente, se de um lado é a política (na conotação grega de pólis) que (con)forma o Direito, de outro, é o Direito que garante a sua manutenção[4].

---

[3] Sobre poder, soberania, legalidade e legitimidade, confira BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 24-45; Sobre poder e direito, confira BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. Tradução Vicente Herrero. 2ª ed. México: Popular, 2010, p. 15-27.

Justamente por isso, Herman Heller dissera que a Política é a arte de transformar tendências sociais em normas jurídicas[5].

Considerando a evidente correlação com o Direito, tomando-se em conta os propósitos de nossa tese, reputamos oportuno deixarmos algumas ponderações sobre as acepções do termo política.

Sobre o mote, cumpre notarmos que 'política' é expressão polissêmica, de variadas acepções no decorrer da história[6].

Na Grécia, por exemplo, sua amplitude alcançava questões militares, morais, éticas e até religiosas.

Essa generalidade advém, justamente, da "pouca" clareza (ou muita clareza) que se tinha sobre as dimensões axiológicas da ética, da moral, e mesmo da política[7].

---

[4] Segundo Larenz, "(...) o Direito é um objeto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a filosofia. A metodologia jurídica não pode existir sem a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o Juiz contentar-se com uma correta (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio justa – e em que é que poderemos reconhecer se uma decisão é justa. E como, em todo o caso, a Jurisprudência trata também da compreensão de textos – leis, decisões jurídicas, assim como de contratos e declarações negociais de privados –, por maioria de razão reveste-se a hermenêutica, a doutrina da compreensão, relativamente a esse domínio da atividade do jurista, da maior importância, quando não de um alcance por si só decisivo. Por outro lado, modos de pensamento que se manifestam nas atividades dos juristas só são suscetíveis de ser apreendidos na condição de se lhes perseguir, por assim dizer, continuamente o rasto. Somente através dos exemplos que se oferecem a partir da atividade decisória judicial e da dogmática jurídica se tornam os enunciados de uma metodologia jurídica, completamente compreensíveis, comprováveis e úteis, para a prática dos juristas (...)." LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 04.

[5] Para Arnaud: "Esta concepção do par Direito-política, que se exprime igualmente na oposição indivíduo-sociedade, ou relações privada-públicas, é inerente a um sistema determinado, o nosso, em totalmente rejeitada pelo pensamento de Mao-Tsé-Tung. Reabilitando a noção de politica, este ultimo condena irremediavelmente a autonomia de um dos domínios, jurídico ou politico, em relação ao outro. A ligação entre eles é, ao contrario, intima e profunda. Ela aparece ao nível das conotações: um e outro conceitos definem um sistema de relações sociais que dependem de uma concepção geral do mundo." ARNAUD, André Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 84.

[6] Segundo Habermas: "Uma história tem um início e um fim. O início só pode ser reconstruído antropologicamente a partir de condições constantes da existência de indivíduos socializados como um início do gênero humano. O fim só pode ser antecipado em função da situação e a partir da experiência da reflexão. Por isto, o quadro interpretativo genérico, como quer que ele venha a ser saturado por experiências hermenêuticas prévias e por mais que ele se confirme em interpretações particulares, é um momento hipotético: a verdade do funcionalismo historicamente orientado não se confirma tecnicamente, mas apenas praticamente no prosseguimento e consumação exitosos de um processo de formação." HABERMAS, Jürgen. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 290.

[7] Aliás, se é que existe diferença "essencial" entre os campos da ética, moral e polícia, o que não acreditamos, a política estaria estritamente vinculada aos campos de estudo da ética, e da moral. Originalmente "ética" significa a "morada do homem", e é difícil imaginar que se queira adotar por moradia algo em que não se possa confiar. Estabilidade e confiança são requisitos básicos de uma

Tomando a política pelos olhos dos gregos, veremos que o seu exercício é teleologicamente direcionado ao bem comum e à felicidade[8].

Nota-se que, em *A Política*, Aristóteles sustenta que a finalidade precípua da política é o bem-estar dos cidadãos, o bem comum e a felicidade[9].

Ademais, para os gregos, a política está vinculada à ética e aos valores da sociedade[10]. Neste caso, ela é significativamente marcada por uma nota axiológica, principalmente pelo fato de que bem comum, ou felicidade, são valores sujeitos a constantes alterações.

---

morada. De fato, a "ética" concebe a conduta do homem, considerando o tempo, adotando como antecedente uma situação temporal anterior, e, como consequente, um objetivo ou finalidade a alcançar. De ordem que, ao menos no plano lógico, não se confunde com a "técnica", por onde são decididas as ações estruturadas que vão conduzir à finalidade proposta. CAMPOS, Hélio Silvio Oure. Globalização e Ética. **Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco**, v. 11, janeiro/junho de 2006, p. 86.

[8] Disse Platão: "Pois fiquem sabendo, valorosos atenienses, que se eu há tempos tivesse tencionado a fazer politica, há tempos estaria morto e em nada teria beneficiado vocês, nem a mim mesmo. Mas não se aborreçam comigo porque digo a verdade! É que não há quem venha a se salvar, dentre os homens, depois de se opor genuinamente a vocês ou a qualquer outra maioria, impedindo que muitas coisas injustas e ilegais ocorram na cidade; antes é imperioso que o que realmente combate em nome do justo – mesmo que vá se salvar por pouco tempo - atue privada, e não publicamente." PLATÃO. **Apologia de Sócrates** (precedido de Êutifron e Críton). Tradução do grego de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 92.

[9] Por ocasião de discussões sobre política, Aristóteles refere-se amiúde à prudência. Segundo o autor: "A prudência é a única virtude natural naquele que manda. Porque, nas outras virtudes, parece necessário que tenham igualmente parte os que mandam e os que obedecem. De acordo com ele, a virtude do súdito não é a prudência, é sim um julgamento são e reto. É assim que aquele que fabrica flautas obedece, sendo o que manda o músico que delas se serve. Vê-se, desta discussão, se a virtude do bom cidadão é diferente do homem de bem, como ela é a mesma, ou em que difere." ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 100; Corifeu, dirigindo-se a Creonte: "A prudência é, em muito, a primeira das venturas. Contra os deuses não convém agir. Palavras altivas trazem aos altivos castigos atrozes (...) velhice ensina prudência (...)." SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução do grego de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 90; "Ato II – Cena III. Frei Lourenço (só, meditando antes da entrada de Romeu) sobre a prudência e o equilíbrio e o abuso. A própria virtude se converte em vício, mal aplicada e, às vezes, o vício se dignifica pela ação. Dentro do terno cálice desta débil flor residem o veneno e o poder medicinal. Por isso, sendo aspirada, deleita a todas e cada uma das partes do corpo; sendo degustada, porém, destrói o coração e todos os sentidos. Assim, dois reis inimigos acampam sempre no homem e nas plantas: a benignidade e a malignidade; e quando o pior predomina, imediatamente a gangrena da morte devora aquela planta." SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 58.

[10] Convém assinalar que "(...) o direito, em sua dimensão ôntica, deve ser entendido como uma das manifestações da ética e, em razão disso, verifica-se a sua constante necessidade de fundamentação. Tal fundamentação só será identificada na própria justiça (...) o processo hermenêutico, no que diz respeito à Constituição, serve para garantir a consecução da realidade constitucional do Estado democrático de Direito. Deve ser assegurada a inexistência de normas constitucionais reduzidas a simulacros, destituídas de significação social, politica e jurídica (...) se o Direito dever ser a expressão da justiça, a constituição deve ser a mais condensada expressão dessa justiça para um povo, Estado e nação. Sua linguagem deve ser acessível e sua utilização deve ser partilhada por todos, indistintamente." SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. Barueri: Manole, 2004, p. 189/212.

De tal modo, se adotarmos uma perspectiva grega de política, teremos a seguinte conclusão: Política é finalidade. Finalidade é valor. Valor é mutável. Logo, política é constante mudança.

Essa impermanência, supostamente malévola aos olhos rigorosos dos tecnicistas modernos, levaria Weber a sugerir o estancamento conceitual de política, atrelando-a ao conceito de poder[11].

Outra dualidade do modelo grego de política, em contraposição ao modelo moderno, está na extensão do seu campo.

Enquanto na perspectiva grega a vida política era a vida da própria pólis, na modernidade há uma fragmentação entre vida política e vida na sociedade[12].

Se de um lado, no Estado, havia atuação política, de outro, na sociedade civil, havia a vida social[13].

---

[11] A contemplação da política a partir de seus meios, e não de seus fins, embora já tivesse sido ensaiada por Maquiavel, e mesmo por Hobbes, foi intensamente utilizada por Weber. Aliás, ao reduzir política a poder, afastando a ética dos valores de sua seara, Weber procuraria uma neutralidade científica que, como sabemos, nunca encontraria. É relevante assinalar, também, os comentários de Weber sobre a política como vocação. De acordo com Weber, "(...) a política é um esforço tenaz e enérgico para atravessar grossas vigas de madeira. Um esforço desse tipo que exige, a um tempo, paixão e sendo de proporções. É perfeitamente exato dizer – e toda a experiência histórica o confirma – que não se teria jamais atingido o possível, se não houvesse tentado o impossível. E assim, o homem capaz de semelhante esforço deve ser um líder e não apenas um líder, mas um herói, no mais simples sentido da palavra. Até mesmo aqueles que não sejam uma coisa nem outra devem armar-se da força de sua alma que lhes permita vencer o naufrágio de todas as suas esperanças. Todavia, importa que se armem desde o presente momento, pois de outra forma não virão a alcançar nem mesmo o que hoje é possível. Quem tenha certeza absoluta de que não se abaterá nem mesmo que o mundo, julgado do seu ponto de vista, se revele extremamente estúpido ou extremamente mesquinho para merecer o que ele pretende oferecer-lhe, o que permanecer capaz de dizer 'a despeito de tudo!', esse e tão somente esse tem 'vocação' política." WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Tradução Jean Malville. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 124.

[12] Os gregos viviam a política em sua plenitude, não só nas deliberações sobre o destino coletivo da pólis, mas sobre todas as questões que envolvessem os seus cidadãos. A fragmentação entre público e privado, como conhecemos hoje, não era tão precisa entre os gregos. Só com a modernidade iremos experimentar o fracionamento entre vida política e vida social. A propósito do tema, Habermas dirá: "Tão logo os princípios morais se veem obrigados a assumir uma forma no ambiente do direito coercivo e positivo, a liberdade da pessoa moral divide-se em uma autonomia pública do co-legislador e uma autonomia privada do destinatário da lei, e de tal maneira que as duas se pressupõem mutuamente. Essa relação complementar entre o público e o privado não reflete dado algum. Mais que isso, ela é criada conceitualmente pela estrutura do ambiente jurídico. Por isso é tarefa do processo democrático definir sempre de novo e desde o início os limites precários entre o público e o privado, de modo a que se garantam liberdades iguais a todos os cidadãos, sob as formas tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública." HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Spenber. São Paulo: Loyola, 2002, p. 119.

[13] Esse fracionamento, segundo Bobbio, teria duas causas fundamentais: o cristianismo e a ascensão do capitalismo. Sobreleva notar que com o cristianismo opera-se um significativo deslocamento das questões religiosas, que saem do campo da política e passam ao campo da religião. Já pelo advento do capitalismo, há uma divisão nos domínios dos recursos e meios de produção. A partir do modelo capitalista, os recursos e meios de produção passam ao domínio de diferentes sujeitos, superando a concentração dominical, até então amplamente verificada.

Na realidade, pelo visto, a definição do termo política é extremamente incerta. Por isso, sugerimos, nesta tese, que a assunção semântica da política, verdadeira categoria cognitiva, seja operada concretamente, à luz das contingências postas aos sujeitos - principalmente ao Magistrado - que se lançam a este desafio conceitual.

Deixadas essas colocações, dando curso às nossas reflexões, considerando sua aproximação com a política[14] e, por conseguinte, com o Direito, nesta ocasião, em contribuição à compreensão temática, temos de deixar algumas notas sobre as questões que envolvem o poder[15].

No que se refere ao tema, é relevante ponderar que, seja numa pequena coletividade, seja numa sociedade modernamente organizada, o poder[16] do homem

---

[14] Sempre que cuidamos das questões políticas avançamos, invariavelmente, sobre as dimensões do poder.

[15] De acordo com Celso Bastos, "(...) o surgimento do poder, não só com a sua característica de unidade, mas também de institucionalização, não faz obviamente desaparecer a sociedade. Esta continua a desempenhar e cumprir uma série de funções que o Estado, mesmo o mais autoritário, jamais assumiu. Tem variado, de fato, na história, a quantidade de poderes que o Estado acha por bem assumir. A sociedade, de outro lado, recobrou a sua importância, sobretudo debaixo do liberalismo, conseguindo reduzir o Estado a suas expressões mínimas, tornando-o competente para o desempenho das atividades absolutamente indispensáveis à manutenção da ordem e para propiciar as condições para que a própria sociedade pudesse então atingir os demais fins. Cuida-se aqui de uma luta que dura até os nossos dias. Existem aqueles que veem no Estado tão somente um ente que deve assegurar condições mínimas para que a sociedade possa - por si mesma - atingir os seus fins culturais, econômicos, sociais etc. Há aquelas outras correntes que preferem fazer absorver, pelo próprio Estado, o desempenho dessas atividades. De qualquer sorte, a diferença perdura entre o que se chama de Estado-sociedade e o Estado-poder." BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

[16] Atentemo-nos para o fato de que, tal e qual se passa com a política, o poder também possui variada carga semântica. Por exemplo, do ponto de vista antropológico, poder é a força exercida entre os homens, isoladamente considerada. Sociologicamente (do ponto de vista sociológico), de outro modo, temos que o poder emerge coletivamente, através dos valores e costumes da sociedade. Aliás, Bertrand Russel dirá que o Poder é o conjunto dos meios que permitem conseguir os efeitos desejados. Já Max Weber sustentará que Poder é a capacidade de impor a própria vontade: Toda ordem jurídica (não só a "estatal"), por sua configuração, influência diretamente a distribuição do poder dentro da comunidade em questão, tanto do poder econômico quanto de qualquer outro. Por "poder" entendemos, aqui, genericamente, a probabilidade de uma pessoa ou várias impor, numa ação social, a vontade própria, mesmo contra a oposição de outros participantes desta. Naturalmente, o poder "economicamente condicionado" não é idêntico ao "poder" em geral. O surgimento do poder econômico pode, antes pelo contrário, ser consequência de um poder já existente por outros motivos. E o poder, por sua vez, não é buscado exclusivamente para fins econômicos (de enriquecimento), pois o poder, também o econômico, pode ser apreciado "por si mesmo", e, com muita frequência, o empenho por ele está também condicionado pela "honra" social que traz consigo. Mas nem todo poder traz honra social. O típico *boss* americano bem como o típico especulador em grande escala renunciam a ela conscientemente, e, em geral, o "simples" poder econômico, particularmente o 'meramente' monetário, de modo algum constitui um fundamento reconhecido da "honra" social. Por outro lado, o poder não é o único fundamento da honra social. Ao contrário, a honra social (o prestígio) pode ser, e com muita frequência o foi, a base de poder, também daquele de natureza econômica. A ordem jurídica pode garantir, além do poder, também a honra. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa et al. São Paulo: Editora UnB, 2004, v. 2, p. 175.

sobre o homem será fator preponderante para sua mantença, ou para sua extinção[17].

Aliás, é a luta pelo poder, principalmente nas dimensões da política, que marcará, muitas vezes, com manchas de sangue, grande parte da história da humanidade.

O exercício do poder, seja pelo sujeito, seja pelo grupo, pode se dar por diversos instrumentos que vão, desde idealidades, até meios materialmente letais[18].

O Direito, por exemplo, é um instrumento destinado a assegurar o exercício dos poderes, político, econômico, religioso etc., notadamente através de discursos de legitimação.

Cumpre acentuar, ademais disso, que poder nos remete à ideia de força, uma força que supera a vontade de quem está sob seu exercício.

No recorte da sociedade, o exercício dessa força pode partir não apenas de sujeitos, isoladamente considerados, mas de grupos de sujeitos que buscam a imposição de sua vontade, coletivamente produzida[19]. Sem dúvida, o uso da força mecânica é um dos mais potentes instrumentos para o exercício de poder[20].

---

[17] Oportuno destacar, como apontou Beviláqua, que "(...) a concepção da sociedade internacional reclama o respeito aos direitos adquiridos além dos limites de cada país, onde quer que sejam apresentados. Esta ideia, observa PILLET, implica da parte dos Estados, compreendidos na comunhão internacional, com a obrigação de nada fazer do que possa enfraquecer ou aniquilar um direito regularmente adquirido, o dever de lhes assegurar, em seu território, todo o efeito compatível com as exigências da ordem publica. Trata-se do direito adquirido sob o ponto de vista internacional, o que não coincide, em todos os casos, com o direito adquirido na ordem jurídica interna. Se o direito adquirido tem uma origem puramente nacional e interna, deve ser considerado tal segundo a lei nacional que presidiu ao seu nascimento, e, na ordem internacional, não deve perder esse caráter. Se, porém, o direito oferece um aspecto internacional, embora se mostre regularmente adquirido sob o ponto de vista do direito interno, pode ter algum vício inicial em relação à vida internacional, e, neste caso, perderá a sua feição, ou antes, a sua função internacional." BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares**: direito internacional privado. Recife: Editor, Alves de Albuquerque, 1906, p. 341.

[18] De acordo com Hannah Arendt, "(...) Se o único objeto relevante da política passou a política externa, ou seja, o perigo que está sempre à espreita nas relações interestatais, isso significa nada mais nada menos que a palavra de Clausewitz, de que a guerra nada mais seria do que a continuação da política por outros meios inverteu-se, de modo que a política torna-se uma continuação da guerra, durante a qual os meios da astúcia substituem temporariamente os meios da força. Quem poderia negar que as condições de uma corrida armamentista sob as quais vivemos e temos de viver, quase dão a entender no mínimo que a palavra de Kant — segundo a qual durante a guerra não deve acontecer nada que torne impossível uma paz posterior — também se inverteu e vivemos numa paz na qual tudo pode acontecer para tornar perfeitamente possível uma guerra." ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 54.

[19] Becker destacou que: "Onde quer que as regras sejam criadas e aplicadas, deveríamos esperar encontrar pessoas tentando atrair o apoio de grupos coordenados e usando os meios de comunicação disponíveis para desenvolver um clima favorável de opinião. Onde não se desenvolve tal apoio, podemos esperar o fracasso da iniciativa. E onde quer que as regras sejam criadas e aplicadas, esperamos que os processos de imposição sejam moldados pela complexidade da

Naturalmente, o poder também poderá ser exercido através do controle sobre os recursos disponíveis na sociedade. De certo, aqueles que detêm controle sobre os recursos e seus meios de produção podem desempenhar sua força pela operação desses recursos. Neste ponto, não apenas o Estado, mas principalmente o indivíduo e os grupos (inclusive os econômicos), podem operar poder através da manipulação de recursos sociais.

Todavia, não obstante esta realidade, discurso ideológico também é instrumento destinado ao exercício do poder[21].

A propósito, considerando que, para nós, o discurso ideológico é um dos meios mais eficazes para o exercício do poder, levando-se em conta que no atual cenário republicano brasileiro, sustentamos que em sua utilização deve-se

---

organização, repousando sobre uma base de acordos compartilhados em grupos mais simples e resultando de manobras e barganhas políticas numa estrutura complexa." BECKER, Howard S. **Uma teoria da ação coletiva**. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 107.

[20] O poder estatal, ou poder político, por exemplo, muito comumente, é exercido pela força mecânica, seja do corpo, seja das armas.

[21] A propósito, insta salientar que a legitimação para o exercício do poder pela política, na conhecida classificação tripartida de Weber, está no carisma, na lei, ou na tradição. A legitimação referenciada no carisma, segundo Weber, é radicada menos na convicção ideológica, que na empatia do seu titular. Logo, o poder seria exercido através da retórica e gesticulações, agradáveis aos olhos do público – estes seriam os Heróis ou os artistas. Outra categoria de legitimidade é a lei. Nesse caso, através da legalidade a legitimação para o exercício do poder originar-se-ia na crença de que determinado conjunto de normas representa a melhor pauta para orientação de comportamentos dos membros dos grupos. Finalmente, a tradição do poder encontraria legitimidade no passado, nas práticas, costumes, e hábitos, transferidos inter-geracionalmente. Neste ponto radica-se a legitimação das decisões jurisprudenciais, ou mesmo dos costumes, e práticas comerciais, utilizadas como fundamento para decisões. Esta categoria de legitimação se escora na autoridade atribuída aos produtores das decisões passadas. Ressalte-se que embora o modelo brasileiro seja essencialmente referenciado na norma produzida pelo legislador, o que o aproxima do sistema do direito romano germânico, temos observado significativas mudanças neste campo. Severamente influenciado pelo direito anglo-saxão, e o sistema do common-law, temos avançado na aceitação de precedentes jurisdicionais, como fundamentos de novas decisões. A adoção das súmulas vinculantes e de outros mecanismos de objetivação dos precedentes jurisdicionais vem nos direcionando para um caminho muito aproximado da perspectiva tradicionalista, notadamente no campo da jurisprudência. Em que pesem estes assentos, a tripartição categórica da legitimidade, proposta por Weber, não é capaz de avançar para além do plano teórico. Em outros termos, no plano dos fatos, as três dimensões categóricas se intercambiam, com preponderância de umas ou de outras, naturalmente. A despeito do exposto, sobre a questão da tradição, confira o seguinte: "Para o direito, além da tradição histórica, que situa o intérprete, contamos também com uma tradição especificamente jurídica, de regras e princípios, que se mantêm no tempo e que servem de sustentação às decisões, segundo a regra da justiça. Dessa maneira, entendemos que a dogmática é capaz de reservar alguma segurança às relações sociais, pelo quantum de previsibilidade que oferece ao controle de suas ações, mais do que em qualquer outra área do conhecimento, não merecendo, por isso, ser descurada. Aliás, é esta característica que nos faz distinguir a hermenêutica jurídica dos demais campos hermenêuticos, atribuindo-lhe tratamento próprio (...). CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59.

considerar que o povo[22] é o titular do poder, logo, este poder deverá ser exercido sempre em seu benefício.

Com efeito, o poder político do Estado (*rectius*, do povo)[23] só se sustenta enquanto houver legitimidade em seu exercício, vale dizer, enquanto os sujeitos que estão submetidos ao poder consentirem esta submissão; caso contrário, a resistência continuada ao exercício do poder, conforme a vontade do titular, implicará sua perda.

Em arremate, se partirmos da concepção reducionista de que política é busca pelo poder, considerando que poder é a aplicação legítima da violência, através da política buscaríamos o exercício da violência de forma legítima[24].

É neste ponto que surge o Direito, como instrumento de efetivação e reconhecimento da legitimidade no exercício da violência[25].

---

[22] Sobre o povo, confira o seguinte trecho da obra de Shakespeare: César dirigindo-se ao mensageiro - Ato I – Cena IV: "Fácil me fora tal coisa ter previsto. Ensina-nos a história desde o inicio do tempo que quem é, só é querido até chegar a ser, e que a pessoa que se acha no declínio e que não fora prezada enquanto era digna de sê-lo, grata se torna por estar ausente. Essa turba sem nome se assemelha aos sargaços que boiam na corrente, sem direção nenhuma, servos sempre da varável maré e que com o próprio movimento se estazem." SHAKESPEARE, William. **Antonio e Cleópatra**. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 41/42.

[23] De acordo com Bourdieu: "(...) o Estado é resultado de um processo de concentração de diferentes tipos de capital, capital de força física ou de instrumentos de coerção (exercito, polícia), capital econômico, capital cultural, ou melhor, de informação, capital simbólico, concentração que, enquanto tal, constitui o Estado como detentor de uma espécie de metacapital, com poder sobre os outros tipos de capital e sobre seus detentores. A concentração de diferentes tipos de capital (que vai junto com a construção dos diversos campos correspondentes) leva, de fato, à emergência de um capital específico, propriamente estatal, que permite ao Estado exercer um poder sobre os diversos campos e sobre os diferentes tipos específicos de capital, especialmente sobre taxas de cambio entre eles (e, concomitantemente, sobre relações de força entre seus detentores). Segue-se que a construção do Estado está em é de igualdade com a construção do campo do poder, entendido como o espaço de jogo no interior do qual os detentores de capital (de diferentes tipos) lutam "particularmente" pelo poder sobre o Estado, isto é, sobre o capital estatal que assegura o poder sobre os diferentes tipos de capital e sobre sua reprodução (notadamente por meio da instituição escolar)." BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. 5ª ed. São Paulo: Papirus, 2004, p. 99.

[24] Em A República, Platão acentuou o seguinte. "(...) cada governo estabelece as leis de acordo com a sua conveniência. Uma vez promulgadas as leis, fazem saber que é justo para os governos aquilo que lhes convém, e castigam os transgressores, a título de que violaram a lei e cometeram uma injustiça. Aqui tens, meu excelente amigo, aquilo que eu quero dizer, ao afirmar que há um só modelo de justiça em todos os Estados – o que convém aos poderes constituídos. Ora estes é que detêm a força. De onde resulta, para quem pensar corretamente, que a justiça é a mesma em toda parte: a conveniência do mais forte." PLATÃO. **A República**. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 24.

[25] Numa breve síntese, sem o direito, enquanto conjunto de normas destinado à regulação das condutas sociais, a sociedade não alcançaria a estabilidade que precisa para se manter como tal. Portanto, a ausência da estrutura normativa do direito promoveria uma aguda instabilidade organizacional na sociedade, levando-a ao colapso e, certamente, a sua própria extinção.

Em complemento ao que fora posto, para reforçar nossas colocações sobre as relações entre política, poder, legitimação e Direito, faremos alguns apontamentos no plano da epistemologia jurídica.

Inicialmente, de acordo com a perspectiva realista[26], destacando-se o pensamento de Carl Schmitt, o poder é ato de vontade que desencadeia o florescimento do Direito. Logo, o poder seria pressuposto do Direito. Nesse sentido, partindo dessa conclusão decisionista é que o aludido autor vai expressar que a Constituição resulta da decisão política fundamental e formativa de todo o ordenamento[27].

De outro turno, do ponto de vista juspositivista, Kelsen, em posição contrária, dirá que o Direito constitui o poder; logo, poder seria suposto do Direito. Neste caso, Estado, Direito e poder se confundiriam num só corpo[28].

Os jusnaturalistas, por sua vez, negariam a redução imbricada do Direito e sua vinculação com o poder e a política[29]. Para esta corrente, o Direito seria, essencialmente, permeado por valores que o modificam e o transformam

---

[26] De acordo com o realismo jurídico, o direito emerge de um ato de força e de poder, que lhe antecede. Não há, portanto, nesta concepção, espaço para a justiça ou outros valores. Destaco que estas conclusões não são inéditas, ao contrário, encontramos teses realistas até mesmo em *A República* de Platão (por exemplo, em Trazímago). No entanto, neste ponto da tese, reter-me-ei, nas referências teóricas do campo jurídico. Em *A República*: "O verdadeiro conhecimento é a capacidade de distinguir entre a unidade e a pluralidade, entre a ideia e os objetos que dela participam". Idem, 2011, p. 229.

[27] Aliás, "(...) em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder. Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade. Como surja e o que estatua qual o apuramento dos seus preceitos ou as direções para que apontem - eis o que, como se sabe, varia extraordinariamente; mas, sejam quais forem as grandes soluções adoptadas, a necessidade de tais regras é incontroversa. Chamamos-lhe Constituição em sentido institucional, porque torna patente o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder; porque, revela a prevalência dos elementos objetivos ou objetivados das relações políticas sobre as intenções subjetivas destes ou daqueles governantes ou governados; porque, sem princípios e preceitos normativos a regê-lo, o Estado não poderia subsistir; porque, em suma, é através desses princípios e preceitos que se opera a institucionalização do poder político." MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 11. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 08.

[28] Por sustentar que sem o direito não há poder, tampouco Estado, muitos estudiosos do jurista austríaco dirão que Kelsen criara uma teoria do Estado sem Estado.

[29] Sobre as relações entre o direito politico e o direito moral, confira STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2005, p. 121.

constantemente. Ademais, segundo esse pensamento, a justiça é o principal valor do Direito[30].

Por essa perspectiva, sem justiça não há Direito, tampouco Estado. Seguindo essa linha de pensamento, Santo Agostinho, na obra *A Cidade de Deus*, sustentará que um Reino sem Justiça não é nada, além de um bando de criminosos.

É precipuamente para responder a essa afirmação que Kelsen, um dos maiores expoentes do juspositivismo, apresentaria, em sua teoria pura do Direito, o conceito de eficácia. Segundo o pensador austríaco, o que diferenciaria o ordenamento jurídico do bando de criminosos, citado por Agostinho, é justamente a eficácia da norma; assim como o bando de criminosos, o Estado, segundo sustentou Kelsen, teria seu conjunto de normas, representado pelo ordenamento jurídico[31].

Entretanto, a diferença entre as normas radica-se na juridicidade: só as normas do ordenamento são jurídicas.

Enquanto que para Agostinho, essa juridicidade está na justiça, para Kelsen, a juridicidade está na eficácia. A eficácia social das normas jurídicas faz com que elas se sobreponham às demais, inclusive às normas dos criminosos.

As normas deixam de ser jurídicas, portanto, logo que percam sua eficácia social[32].

---

[30] Com relação ao problema da justiça em Raws, a questão do direito natural e do estado de necessidade, confira o seguinte: "O estado de necessidade não deve ser confundido com o estado de natureza. Este visa deixar à parte a sociedade política para identificar os direitos que podemos deduzir da natureza do homem. O estado de necessidade tampouco deve ser associado ao estado de exceção que aboliria a ordem do direito. O estado de necessidade se manifesta quando leis positivas, ciosas do bem ou do interesse comuns, revelam-se fonte de desigualdades para os particulares. Esse estado não favorece, portanto, a ressurgência de uma moral original inspirada pelas virtudes da caridade e da solidariedade, mas consegue restaurar a preexcelência do direito natural; ele restabelece, assim, a possibilidade de um direito de resistência num regime legítimo." ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**: o estado de necessidade. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 190.

[31] José Ricardo Cunha, oportunamente, destacou que "(...) o direito moderno, que procurou sua pretensão de verdade no modelo positivista de ciência, foi urdido pelo espírito da geometria e passou a se manifestar de forma embrutecida pela imperatividade e coercibilidade de sua norma. Mesmo a hermenêutica e a interpretação foram capturadas e controladas pelo espírito de geometria para serem apresentadas simplesmente como técnica de leitura e delimitação de proposições jurídicas. Nesses tempos de revisão de modos de vida, parece adequado recuperar o espírito de finura para entrar em sintonia mais larga com a complexidade do real, podendo, assim, oferecer respostas mais integrais e integradoras a um mundo que é multidimensional, assim como o ser humano. Não há dúvida que os fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica são mais bem compreendidos pelo espírito de finura." CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.) et al. **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 348.

[32] Além disso, é salutar lembrar que, segundo Eric Weil, "(...) O problema fundamental de todo Estado e todo governo modernos é conciliar o justo, o eficaz (a moral viva com a racionalidade)." ERIC WEIL. **Filosofia Política**. Tradução e apresentação de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1990, p. 238.

Segundo Kelsen, como o Direito pode ter qualquer conteúdo, se as normas do grupo de ladravazes se sobrepuserem às demais, logo passarão a ser jurídicas.

Pela breve colocação, sem dúvida, temos que a tensão entre os pensadores das correntes jusnaturalistas e juspositivistas marcará todo o curso histórico do pensamento filosófico no campo jurídico.

Outro autor, digno de nota para esta discussão, é Norberto Bobbio[33]. Este, a partir dos seus pensamentos temperados, apresentará uma proposta conciliatória, numa visão complementar entre Direito e poder. Segundo Bobbio, não haveria sobreposição entre Direito e poder, mas sim uma mútua relação de complementação. Desse modo, compreende-se que o poder sem Direito seria cego, mas, de outro lado, o Direito sem poder seria vazio.

Perez Luño, ao seu modo, a partir da "moral", irá sugerir a superação dessa discussão aporética sobre Direito e poder. Referenciados na "moral", segundo o autor, é possível certificarmos a legitimidade do Direito e do poder. Nesse caso, poderíamos dimensionar a congruência do Direito e do poder, notadamente com os paradigmas axiológicos da sociedade. Aliás, de acordo com essa perspectiva, só haveria legitimidade com essa referencialidade moral.

Nota-se, inclusive, que autores mais modernos, como Dworkin[34] e Alexy, cada um ao seu modo, irão retomar o valor como categoria referencial no campo do Direito.

Neste plano, Miguel Reale, por ocasião do estudo da nomogênese, enfrenta o problema do poder, e apresenta a relação entre as pretensões sociais, e sua

---

[33] Lembramos que, para Bobbio: "Dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 238.

[34] De acordo com o autor, "(...) Os conflitos entre ideais são comuns em política (...) mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas duas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos (...) a integridade não seria necessária como uma virtude política distinta em um Estado utópico. A coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial. Na política comum, porém, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais (...) se assim for, então na política corrente devemos às vezes escolher entre duas virtudes para decidir quais programas políticos apoiar (...) essas difíceis questões se colocam porque a equidade e a justiça às vezes entram em conflito. Se acreditarmos que a integridade é um terceiro independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade". DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214/215.

positivação pelo Direito. Reale dirá que cada centro de poder é fonte de criação normativa. Para ele, Direito não existe sem poder. No entanto, ao contrário dos positivistas, o mencionado autor estabelece limites ao ato decisório de poder. Esse contingenciamento do poder seria operado por valores e fatos.

De acordo com essa linha de pensamento, o poder, contido na norma jurídica, é apenas uma das características do Direito.

Observa-se, contudo, que o Direito, para Miguel Reale, é fato, valor, e norma.

Assim, os vários valores e fatos, circunstanciadamente emergentes no campo fenomênico, formam um conjunto de potencialidades normativas ao titular do poder[35].

Pode-se afirmar, então, que são esses três matizes, incessantemente interoperantes, que irão definir o tom do Direito e formar um cenário de legitimidade.

Deixadas essas colocações sobre as relações entre poder, legitimação e Direito, tomando em conta que este último se destina precipuamente à pacificação social, é salutar apontarmos algumas questões atinentes aos conflitos sociais e seus meios de superação, destacando-se a atividade jurisdicional.

Desse modo, esta abordagem é essencial para que possamos alcançar uma adequada compreensão dos efeitos da recuperação judicial na sociedade, e seu controle por parte do Magistrado.

1.2 - Conflitos sociais e meios de superação

As tensões e os conflitos são fenômenos presentes em todos os agrupamentos humanos, vale dizer, desde o alvorecer das sociedades o conflito é uma realidade inegável; os sociólogos dirão, inclusive, que ele representa uma das diversas formas de interação entre os membros dos grupos sociais[36].

---

[35] A propósito, é essa cesta de potencialidades que Celso Lafer apontaria como Agenda Legislativa. Embora possa ser alterada constantemente pela sociedade, esta "agenda", serviria como roteiro provisório de atuação política.

[36] Segundo Emilio Betti, "(...) As leis são normalmente elaboradas visando a resolver um conflito de interesses. No entanto, os interesses em conflito alteram-se com frequência e rapidez. As leis, por sua vez, não se alteram com essa mesma rapidez. Essa situação passa então a gerar problemas. Leis criadas para regulamentar determinadas situações, determinados conflitos de interesses, veem-se, algum tempo depois, regulando conflitos de interesses diferentes daqueles para os quais foram criadas." PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti**: uma

Naturalmente, conflito social é uma competição consciente e direta entre os membros da sociedade, que são tencionados a dominar uns aos outros[37], ou mesmo aniquilar as forças de resistência[38].

Dentro de certos limites, esse fenômeno é positivo para o crescimento e evolução da sociedade[39], mesmo porque somente a partir de tensões e discussões entre ideias divergentes é que se pode construir uma alternativa complementar ao incremento da sociedade.

Malgrado o esclarecido, cumpre lembrar que o Direito opera perante a sociedade justamente para garantir a superação de conflitos[40].

---

contribuição à história do pensamento jurídico moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22.

[37] Com relação ao tema, são importantes as ideias mestras da tese de Campagnolo para Kelsen, sintetizadas, no seguinte trecho: "Tendo sido reconhecido o direito como elemento objetivo da relação transcendental, precisei caracterizá-lo empiricamente em relação aos outros objetos, chegando assim a defini-lo como a relação da sociedade politica por excelência com relação à ação de um de seus membros, podendo esta reação, por causa de sua regularidade, ser conhecida antecipadamente em medida suficiente par dirigir a ação (...) Omitirei nesta sede um comentário, apesar de sua importância, sobre a noção de soberania que defini como "autoridade especifica do Estado ou do direito para com os seus sujeitos" e aquela de desenvolvimento que defini como a "realização histórica das possibilidades infinitas de um objeto compreendidas na sua noção"". KELSEN, Hans e CAMPAGNOLO, Humberto. **Direito Internacional e Estado soberano**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins fones, 2002, p. 105/110.

[38] Certamente, como sugeriu Ihering, "(...) O objetivo do direito é a paz, a luta é o meio de conseguila. Enquanto o direito tiver de rechaçar o ataque causado pela injustiça – e isso durara enquanto o mundo estiver de pé – ele não será poupado. A vida do direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos (...). O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança." IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução J. Cretella Jr. et al. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 27.

[39] Destacamos, ademais, que "(...) Como ocorre na própria lei, que pelo fato de alterar-se não deixa de ser lei, o direito se forma e evolui constantemente ao contato da vida de relação. É a convivência dos homens, sua atividade material, intelectual e moral, que criam o fenômeno jurídico." SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais**. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004, p. 09.

[40] De acordo com Hart: "Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de má regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'. Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. Quando nos atrevemos suficientemente a cunhar certa regra geral de conduta, a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, e certamente podem apresentar-se ao nosso espírito exemplos claros do que cai certamente dentro do seu âmbito." HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mentes 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 141.

A propósito, lembre-se que a CF de 1988, em seu preâmbulo, prevê que o Estado brasileiro está fundamentado e comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.

A solução pacífica de conflitos é, portanto, objetivo precípuo do constituinte. Nesse passo, após a entrada em vigor da CF de 1988, surgem diversos instrumentos que preveem a solução pacífica de conflitos, como a mediação[41], a conciliação[42] e a arbitragem[43], previstas nas leis 9099/95 (JEC e JECRIM) e 9307/96 (Lei da Arbitragem), dentre outras.

Além disso, os conflitos deflagrados por ocasião do convívio em sociedade podem ser dissipados por diversos meios, como, por exemplo, pela autotutela, autocomposição, submissão, transação, e Jurisdição.

Na autotutela, as partes solucionam as controvérsias diretamente, sem contar com a participação de um terceiro, estranho ao conflito. Neste caso, não há um rol exaustivo de meios para a sua solução. Até mesmo a força física poderia ser

---

[41] Lembremo-nos da mediação e conciliação como relevantes meios para superar conflitos no plano da sociedade. Numa síntese, mediação é um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilita o diálogo entre as partes para que melhor entendam o conflito e busquem alcançar soluções criativas e possíveis. A mediação se destina a compor conflitos deflagrados entre partes que estão entrelaçadas por vínculos mais profundos, de meses, anos e até décadas. Nestas contendas há um verdadeiro acúmulo de questões perpendiculares e subjacentes ao conflito, pelo que se requer um tempo maior de discussão e investigação. Este método é utilizado para a resolução de conflitos cujas partes, além do objeto principal da demanda, estão imbricadas em relações subjacentes mais profundas, muitas vezes não verificáveis numa primeira observação. Desse modo, a revelação destas questões, muitas vezes ocultas, só dar-se-á com o desenvolvimento e amadurecimento da discussão no decorrer de um tempo, o que pressupõe o desdobramento do processo de mediação em diversos momentos. Na mediação, diferentemente do que ocorre na conciliação, não se busca apenas a realização do acordo, para pôr fim ao conflito, mas principalmente a satisfação dos contendores. Aqui, o acordo é uma possibilidade, não uma finalidade. O mediador busca fomentar momentos de criatividade, aguçar a imaginação das partes para que estas possam chegar em conjunto ao acordo. Os próprios atores do conflito dirigem a formação e a condução do diálogo, sendo que o cenário da discussão é montado com o auxílio do mediador, ao qual cumpre promover a revelação dos verdadeiros interesses das partes.

[42] Por outro lado, a conciliação, na essência, não se confunde com a mediação. A conciliação é mais célere e, na maioria dos casos, pressupõe uma simples reunião das partes com o conciliador, ao qual interessa, tão somente, a solução do conflito, sem investigar a satisfação das partes. A conciliação será eficaz para compor conflitos de partes que não têm envolvimentos pretéritos, nem terão envolvimentos futuros.

[43] No entanto, algumas espécies de conflitos, por exemplo, no campo econômico, assumem vários graus de gravidade e intensidade. Tais abalos são resultados da evolução dos diversos níveis relacionais existentes entre os envolvidos. De fato, estes conflitos deveriam ser encarados com naturalidade, porém, ante a sua complexidade, não permitem a resolução pela negociação direta entre os envolvidos. Daí a necessidade da busca de um terceiro, arbitro ou mediador, não investido dos poderes jurisdicionais do Estado. A este caberá, antes de tudo, romper com o paradigma de que a resolução da controvérsia dar-se-á sempre pela intervenção do Estado, de que este é o único caminho. Ainda, há que se destacar como pressuposto o eixo referencial de que todos sairão ganhando. Devem, igualmente, serem desconsiderados os conceitos de certo ou errado, ou mesmo, de culpa. Não haverá silogismos lógicos binários ou maniqueístas.

utilizada como meio para o exercício da autotutela. Embora existam exceções (e.g., defesa da posse, prevista no artigo 502, do Código Civil), a autotutela é repudiada pelo nosso ordenamento jurídico (essa afirmação pode ser notada pela leitura do artigo 345, do Código Penal, ao punir o exercício arbitrário das próprias razões).

De outro lado, na autocomposição, há presença de um terceiro sujeito, juridicamente, emocionalmente e economicamente, desinteressado, e que contribui para a dissipação do conflito. A autocomposição pode ser implementada pela submissão, quando uma das partes deixa de oferecer resistência, submetendo-se inteiramente à pretensão da outra, ou pela desistência, quando uma das partes não se submete, mas abre mão da pretensão em si mesma, em benefício da outra.

É importante conscientizar-se de que o conflito não se instala na estrutura relacional já consolidada, mas, sobretudo, de eventuais intenções atribuídas e expectativas pessoais projetadas e não atendidas de cada um dos envolvidos.

Evidentemente, lançando mão de instrumentos como a mediação e a arbitragem, poderemos superar diversos conflitos, sem que, necessariamente, haja intervenção do Estado. Entretanto, não nos olvidemos, que esses meios, tanto a arbitragem como a mediação, só terão aplicabilidade quando cuidarem de Direitos disponíveis.

Para os casos que envolvem interesses da própria coletividade - como o gerenciamento de crises econômicas e empresariais, o controle da função social da empresa, e a adequação do plano de recuperação judicial aos interesses sociais, entre outros -, a utilização da Jurisdição, notadamente como meio de controle e solução de conflitos, é indispensável.

Dito isso, tendo em vista que nosso trabalho se assenta no exercício da atividade jurisdicional, através do protagonismo cognoscitivo do Magistrado, faz-se conveniente assinalarmos algumas ponderações sobre a Jurisdição, inclusive do ponto de vista principiológico.

1.3 – Jurisdição

Pelo já exposto, neste item faremos breves considerações sobre a atividade jurisdicional do Estado.

Todas as manifestações do Estado têm origem no querer único do povo[44].

Além disso, embora o poder do Estado seja uno, decorrente da soberania popular, seu livre exercício é fracionado entre os "poderes" Executivo, Legislativo e Judiciário[45].

Em síntese, são três as funções decorrentes do exercício da soberania, a função legislativa, administrativa e jurisdicional[46].

Assim, não obstante o poder estatal seja uno, o seu exercício pode ser operado de múltiplas formas[47].

Pontue-se, ademais, que a atividade jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário, assim como as atividades legislativa e executiva não são exclusivas dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente[48].

---

[44] Para Schopenhauer, aliás, "(...) em ultima análise, a necessidade da existência do estado baseia-se na reconhecida injustiça praticada pelo gênero humano: sem ela, não se poderia pensar num Estado, uma vez que ninguém teria de temer por seus direitos (...) a partir desse ponto de vista, percebe-se claramente a obtusidade e a superficialidade dos filosofrastros que, com seus discursos pomposos, apresentam o Estado como o objetivo supremo e o apogeu da existência humana, fornecendo-nos assim apoteose típica de filisteus." SCHOPENHAUER, Arthur**. A arte de insultar**. Tradução Karina Jannini (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 49.

[45] Nos termos do art. 92 da CF, o Poder Judiciário é composto pelos seguintes órgãos jurisdicionais: "I) o Supremo Tribunal Federal; II) Superior Tribunal de Justiça; III) os Tribunais Regionais Federais e juízes federais; IV) Tribunais e Juízes do Trabalho; V) Tribunais e Juízes Eleitorais; VI) Tribunais e Juízes Militares; VII) Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal". As justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar integram o que se convencionou denominar de justiça especial ou especializada. As Justiças Federal e Estadual compõem a chamada justiça comum. Também na justiça comum há relação de especialidade. À Justiça Federal caberá julgar as causas elencadas no art. 109 e à Justiça Estadual, as demais (competência residual).

[46] A função jurisdicional é substitutiva da vontade das partes na aplicação do Direito: a autotutela (salvo em casos especialíssimos, como a legítima defesa) é substituída pela tutela estatal, ou seja, a lide será resolvida pelos órgãos judiciários próprios que substituem a vontade privada. Além desse caráter de substituição, caracterizam a função jurisdicional a provocação e a definitividade. Nenhum Juiz atua senão mediante provocação do interessado: *nemo iudex sine actore*, enquanto que a Administração age quase sempre de ofício. Também as decisões do Judiciário tendem à definitividade, fazendo coisa julgada, sendo que os atos administrativos são quase sempre revogáveis. A tutela jurisdicional se obtém, ainda, mediante o devido processo legal (de que cuidaremos adiante), ora relevante para a caracterização da jurisdição. Enfim, como na expressão de Pedro Lessa, citado por Kildere Gonçalves, "(...) o Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares". CARVALHO, Kildere Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 389.

[47] Nesse sentido, para Lobo, "(...) as características fundamentais do Estado Federal de cunho cooperativo, assim, se expressam na descentralização do poder e na autonomia dos entes federativos, exsurgindo o aspecto financeiro dessa autonomia como verdadeira vida central da estrutura federalista, nos moldes erigidos na Lei Fundamental do Estado; como resultado da conjuntura político-econômica globalizante que se foi estabelecendo no mundo ocidental ao longo do século passado, observou-se forte tendência centralizadora nos Estados federais, externada na ampliação de poder do Governo central e na submissão dos entes periféricos às diretrizes ditadas por aquele, causando, dentre outras consequências, uma flagrante dependência financeira." LOBO, Rogério Leite. **Federalismo Fiscal Brasileiro**: Discriminação das Rendas Tributárias e Centralidade Normativa. Petrópolis: Lumen Juris, 2006, p. 129.

[48] As divisões de funções não impedem que a jurisdição seja exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo, oportunidade na qual estarão exercendo suas funções de forma atípica, v.g. quando o

Daí porque discorrer sobre atividades típicas ou atípicas[49].

Acrescente-se, além disso, que existem diferenças significativas entre as aludidas funções.

O Judiciário, por exemplo, entre todos os poderes, é o único que não se submete ao controle dos demais[50].

O mesmo não ocorre com o Poder Legislativo que, muitas vezes, vê os seus atos revistos pelo Poder Judiciário, destacando-se o controle de constitucionalidade difuso ou concreto[51].

Com o Executivo não é diferente, pois, ainda que somente em relação a sua forma, os seus atos poderão ser modificados ou avaliados pelo Poder Judiciário - veda-se a análise de conveniência e oportunidade, porém permite-se a análise da moralidade, insculpida no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

Outra distinção marcante entre as funções jurisdicional e administrativa reside na imparcialidade do órgão estatal que exerce a função jurisdicional.

Ademais, o ato administrativo, ao contrário dos atos jurisdicionais, em regra, é suscetível de revogação, principalmente por motivos de conveniência e/ou oportunidade.

Por fim, pode-se indicar, como elemento distintivo, o fato de que a Jurisdição é uma função estatal substitutiva, ao contrário do que ocorre com a função administrativa[52].

Legislativo processa seus membros, ou quanto o Executivo em sede de processo administrativo demite um funcionário público.

[49] As funções são típicas, como o exercício da jurisdição pelo Judiciário, da legislação pelo Legislativo e da administração pelo Executivo, ou atípicas, quando um poder exerce a função típica de outro, v.g., quando o Executivo lança medidas provisórias, exercendo verdadeira função legislativa, ou quando o Judiciário administra seus órgãos, exercendo função típica do Executivo, ou, ainda, quando o Legislativo julga seus membros por crime de responsabilidade.

[50] No que se refere ao controle externo do Judiciário e seus órgãos, a questão deve ser vista com certa cautela, voltando-se os olhos aos princípios informativos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, sob pena de se permitir violações à independência e harmonia dos Poderes e, principalmente, para afugentar qualquer tentativa de abuso ou mesmo de possíveis articulações em busca de favorecimentos a determinados grupos que representam interesses meramente políticos e econômicos.

[51] Deve-se deixar bem claro que os controles externos, partam do próprio Judiciário em relação a seus órgãos, ou da própria sociedade, devem voltar-se somente para a organização e diretrizes políticas do Poder e dos seus Órgãos, repudiando-se qualquer interferência que se diga para com a atividade jurisdicional no seu sentido estrito, ou seja, na apreciação e aplicação do direito ao caso concreto. Neste caso, nunca é sobejado reiterar que o princípio da independência é irrenunciável no que diz com o efetivo exercício da jurisdição, sob pena de se agredir de forma irreparável o próprio princípio do Juiz natural, e mais, o próprio Estado de Direito.

[52] De acordo com o magistério de Humberto Theodoro Júnior: "(...) só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário

Deixadas essas breves ponderações, sobre a relação da Jurisdição com as demais funções do Estado, convém assinalar, do ponto de vista científico, algumas variações nos limites de sua compreensão, principalmente pelas contribuições de Chiovenda, com sua teoria dualista da Jurisdição, ou mesmo com Carnelutti, a partir da Teoria Unitária da Jurisdição.

Nesse sentido, cabe assinalar que embora a expressão juris dictio, seja traduzida como o Direito na sua forma concreta, para os jurisdicionados existem discussões analíticas sobre o exato alcance da expressão.

Segundo a teoria dualista de Chiovenda, Jurisdição é a Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos.

Já para a teoria unitária de Carnelutti, de outro curso, Jurisdição é a função que busca uma "justa composição da lide".

Nota-se que, para Chiovenda, o papel criativo do Juiz é praticamente nulo, pois este limitar-se-ia a declarar a vontade da lei. Daí porque denominar sua teoria de dualista: de um lado, o legislador cria a lei, de outro, o Juiz declara a vontade da lei criada.

De outro passo, Carnelutti tinha o ordenamento como algo incompleto, dado que ao Juiz, partindo do conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida - Lide -, competiria a criação de uma norma individual, para cada um dos casos concretos que tivesse diante de si. Portanto, nomina-se teoria unitária, justamente pelo fato de que o julgador, tomando uma norma geral e abstrata, criaria uma norma concreta[53].

---

criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna." THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[53] Nesse aspecto, valiosas são as colocações de Carnelutti: "O juízo, o verdadeiro, o justo juízo, o juízo que não falha está somente nas mãos de Deus. Se os homens, todavia, se encontram na necessidade de julgar, tenham ao menos a consciência de que fazem, quando julgam, às vezes de Deus. A afinidade entre o Juiz e o sacerdote não é desconhecida nem entre os ateus, que falam a esse respeito de um sacerdócio civil. A toga, sem dúvida, convida ao recolhimento. Infelizmente hoje sempre mais, sob este aspecto, a função judiciária está ameaçada pelos opostos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos célebres. Naqueles a toga parece um instrumento inútil; nestes se assemelha, lamentavelmente, a uma veste teatral (...). Entretanto, também ele, o Juiz, é um homem e, se é um homem, é também uma parte. Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte é a contradição, na qual o conceito do Juiz se agita. O fato de ser o Juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, é o seu drama. Nenhum homem se pensasse no que ocorre para julgar outro homem, aceitaria ser Juiz. Contudo achar juízes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos

Nesta tese, naturalmente, nos inclinamos para a concepção esboçada por Carnelutti, pois consideramos que o Magistrado tem um relevante papel na construção da norma concreta[54].

De acordo com o visto, resumidamente, podemos expressar que a Jurisdição[55] é uma das funções do Estado, operada por um sujeito imparcial e independente, consistente na promoção da vontade concreta da lei, objetivando a justa composição da lide, insuscetível de controle externo, com aptidão para formar a coisa julgada material[56]. Além do mais, através da Jurisdição, mais notadamente pela sua característica de substitutividade, o Estado, visando afastar a sobreposição

jurisdicionados no ato no qual se exalta o processo. O Crucifixo que, graças a Deus, nas cortes judiciárias pende ainda sobre a cabeça dos juízes, seria melhor se fosse colocado defronte a eles, a fim de que ali pudessem com frequência pousar o olhar, este a exprimir a indignidade deles; e, não fosse outra, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana. Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o Juiz a ser menos indigno." CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução José Antonio Cardinalli. CONAN. Tradução da edição de 1957 - Edizioni Radio Italiana, 1995, p. 19/20/22.

[54] Nesse contexto, de acordo com Vasconcelos: "O relacionamento, que Kelsen estabelece entre norma geral (constitucional) e norma individual (sentença), peca por imprecisão. Na verdade, a sentença só assume a qualidade de norma jurídica quando o Direito, que ela revela, torna-se, por sua uniformidade e constância, modelo de conduta social. Portanto, a norma jurisprudencial, e não a sentença, é que constitui a norma jurídica. Excetue-se a sentença normativa, proferida na jurisdição do Direito do Trabalho." VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 16.

[55] No que se refere à temática da jurisdição, destacamos que: "A autonomia do juiz em relação aos demais poderes passou por lenta e gradual evolução, até chegarmos à pacífica conclusão da absoluta necessidade de que seja dada ao juiz a autonomia em relação aos demais poderes. Autonomia essa que, hodiernamente, se constata não dizer respeito somente ao exercício da jurisdição, mas constitui-se sinônimo de garantia a todos os jurisdicionados." LONGO, Luís Antônio. **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

[56] Como visto, a Jurisdição decorre da soberania estatal, da própria vontade do povo, como parte do pacto social. Em sintonia com o princípio da separação dos poderes, ela é exercida de forma típica pelo Poder Judiciário, enquanto que as atividades legislativa e executiva são exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. A propósito: "Com a destruição do conceito teológico secularizado de soberania, Habermas descarta também a própria ideia de soberania. Soberania popular torna-se, isto sim, a institucionalização de um poder comunicativo, capaz de, pela via do código do direito, interferir tanto na esfera administrativa, quando na econômica: a opinião púbica, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode dominar por si mesma o uso do poder administrativo, mas pode, de certa forma direcioná-lo." GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Schimitt**: Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

do forte sobre o fraco, e garantir a igualdade[57] entre seus membros, retira-lhes a possibilidade de agir, suprimindo a justiça privada[58].

Para arrematar, defendemos que, embora a atividade jurisdicional, em princípio, não seja criadora de normas gerais e abstratas, hodiernamente, a Jurisdição não pode ser vista somente como atividade de declaração de Direitos.

Portanto, acreditamos que a Jurisdição deve ser operada, inclusive, para a prestação e efetivação dos princípios e garantias fundamentais, colacionados na nossa Constituição Republicana[59].

Nesse caso, como subsídio aos nossos propósitos, abordaremos, adiante, algumas questões referentes aos princípios e garantias da Jurisdição.

1.4 - Princípios e Garantias da Jurisdição

A adequação do exercício da atividade jurisdicional está estritamente vinculada à observância dos princípios e garantias que orientam o tema[60].

---

[57] Celso de Mello realçou que: "(...) o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 12.

[58] Sobre a questão, lembremo-nos que "(...) a teoria da justiça é um dos mais influentes instrumentos de transformação social de que dispomos, ao alcance de todas as correntes políticas e indivíduos razoáveis, e sem o efeito colateral e pernicioso de se ter que sacrificar o ideal de liberdade em nome da igualdade, e vice-e-versa. Rawls foi um dos poucos na história do pensamento social que nos mostrou que esses valores são 'compossíveis' (...) os caminhos para a sua realização já nos foram abertos, havendo elementos tanto na realidade quanto na teoria da justiça para nos orientar durante o percurso." CRUZ JR., Ademar Seabra. **Justiça como Equidade**: Liberais, Comunitaristas e a Autocrítica de John Rawls. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339.

[59] Oportunas são as seguintes reflexões de Ferrajoli: "(...) Se as lutas pelos direitos são o veículo necessário mediante o qual se afirmam necessidades vitais insatisfeitas, é essencialmente graças a elas que se reproduzem as mudanças progressivas na esfera do direito positivo: do reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais à elaboração de novas garantias legais para os direitos já reconhecidos, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já garantidos. E é precisamente nesta capacidade de mudar ou de influenciar a legislação, a jurisdição, o governo e a administração que consistem a força e o sucesso de uma luta social; por outro lado, é signo de esterilidade ou de fraqueza a sua falta de saídas, ou pior, de objetivos institucionais, idôneos a garantirem e a estabilizarem as instâncias em formas jurídicas positivas." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer et al.. São Paulo: RT, 2002.

[60] Merryman destacou que "(...) do mesmo modo que ocorrem com as ciências naturais, as ciências jurídicas são sistemáticas. Assim, os princípios derivados de um estudo científico de dados legais relacionam-se de forma muito intrincada. Logo, à medida que se descobrem princípios novos, deverão integrar-se plenamente no sistema. Se os dados novos não se encaixam, o sistema deverá

Neste tópico, sugeriremos uma adequada compreensão de alguns princípios, basicamente relacionados à Jurisdição e ao processo, como recurso para o Magistrado poder assumir um protagonismo republicano e democrático perante o processamento da recuperação judicial[61].

De início, cumpre acentuar que toda ciência necessita ser alicerçada por princípios que a regem e que lhe conferem individualidade[62].

Os princípios chamados setoriais são os que tutelam objetos e temas mais abrangentes de determinada ciência. Deles decorrem outros subprincípios, que se ligam diretamente a eles. Muitas vezes, a linha que divide esses subprincípios é extremamente delgada, podendo haver confusão principiológica, o que acabará por acarretar o alcance de outros objetos da ciência[63].

De qualquer forma, o melhor meio de se estudar os princípios ligados a uma ciência é submetê-los diretamente a princípios maiores que estejam ligados a determinado ramo ou objeto dessa ciência.

---

modificar-se para que estes se encaixem." MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Breviarios, 2012, p. 120.

[61] Em sua tese de livre-docência, apresentada na Universidade de São Paulo, Fredie Didier Jr. apresenta algumas conclusões: "A Teoria Geral do Processo é o ramo da Epistemologia do Processo dedicado à elaboração, organização e articulação dos conceitos jurídicos processuais fundamentais (conceitos lógico-jurídicos processuais); processo é conceito jurídico fundamental primário da Teoria Geral do Processo; a TGP é repertório conceitual que serve à compreensão dos processos legislativos, administrativo, jurisdicional (civil, penal ou trabalhista) e negocial; a TGP é metalinguagem doutrinária: é linguagem sobre a Ciência do Direito Processual e, portanto, não se confunde com ela; a TGP, por ser linguagem doutrinaria, não se confunde com o Direito Processual Unitário ou o Direito Processual Fundamental ou com a Parte Geral de determinado estatuto normativo, que são enunciados prescritivos produzidos por quem tenha competência legislativa; tendo em vista as transformações havidas na metodologia jurídica, que caracterizam uma fase histórica já denominada de neopositivismo ou neoprocessualismo, a TGP deve ser reconstruída, com a revisão dos conceitos inadequados ou obsoletos e a incorporação de novos conceitos jurídicos fundamentais processuais." DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Editora jus Podvm, 2012, p. 181/182.

[62] É sabido que o que diferencia as ciências não é só o objeto de estudo, mas também o método de investigação que cada uma adota. Aliás, ciência, em síntese, é conjunto de métodos, lastreados em princípios, que tem por objetivo investigar determinados objetos e sobre eles lançar conclusões.

[63] Considerando sua proximidade com a questão, é relevante a distinção entre princípios e regras, sugerida por Alexy. Para o autor "(...) o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regra e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio." ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

Isso se aplica, inclusive, ao processo civil, tendo em vista sua autonomia epistemológica.

Logo, no âmbito do processo judicial, em que o Magistrado irá decidir sobre o plano de recuperação judicial, sem olvidar-se dos princípios ditos monovalentes, aplicáveis em toda a ciência do Direito processual, é salutar, baseando-se na autonomia científica do processo civil, desenvolvermos uma análise dos princípios setoriais, ligados aos seus três grandes paradigmas: ação[64], processo e Jurisdição.

São três os princípios setoriais, cada um deles ligado a um dos principais temas do Processo Civil: *Princípio do Acesso à Justiça*, ligado à Ação[65] e Exceção; *Princípio do Devido Processo Legal*, ligado ao Processo; e *Princípio do Juiz Natural*[66], ligado ao conceito de Jurisdição, tema central de nossa discussão.

Neste caso, inicialmente, trataremos brevemente das questões relacionadas à ação, exceção, processo e seus respectivos princípios setoriais - Princípio do Acesso à Justiça e Princípio do Devido Processo Legal - para, depois, avançarmos sobre os princípios relacionados à Jurisdição.

Com relação ao *Princípio do Acesso à Justiça, ligado à Ação e à Exceção*, vale notar a existência de grandes correntes doutrinárias, uma defendida por

---

[64] Anote-se que doutrina conceitua a ação e a exceção como sendo direitos subjetivos públicos, autônomos e abstratos ao provimento jurisdicional. São subjetivos porque conferidos a todos, inclusive àqueles que não têm capacidade jurídica. Públicos porque são dirigidos em face do Estado, uma vez que o objeto imediato da ação e da exceção é provimento jurisdicional, seja julgando ou não o mérito. Por outro lado são autônomos, pois o seu exercício não depende da existência de um direito material violado ou ameaçado. Dessa forma, ainda que não haja violação ou ameaça a direito, como, por exemplo, nas ações declaratórias, haverá garantia do exercício do direito de ação e exceção. Consideram-se abstratos, pois, a existência da ação e da exceção independente do resultado do provimento jurisdicional. Assim, ainda que seja proferida sentença de mérito, ou mesmo sentença terminativa sem análise do mérito, terão sido preservados os direitos de ação e exceção.

[65] São três as condições genéricas da ação: a) legitimidade '*ad causam'*, considerada como a necessidade de que a parte que ocupa um dos polos da relação jurídico-processual tenha participado da relação de direito material, ou seja, que tenha tido efetivamente um vínculo jurídico anterior à demanda. Assim, somente as pessoas envolvidas no conflito de interesses resistidos poderão ocupar os polos da demanda; b) interesse processual. É a condição da ação que pressupõe a verificação do binômio, necessidade e adequação. Dessa forma, essa condição estará preenchida se de um lado houver a necessidade do recurso ao Poder Judiciário para o restabelecimento e a dirimência do conflito instalado, e de outro a verificação da adequação do objeto da ação como o provimento jurisdicional pretendido e o procedimento previsto em lei. É a correlação entre o tipo de procedimento previsto em lei e o adotado para alcançar o provimento jurisdicional. Por fim, c) a possibilidade jurídica do pedido é a condição da ação entendida como a admissibilidade abstrata do provimento jurisdicional solicitado, ou seja, a ausência de vedação expressa no ordenamento jurídico.

[66] Sobre o princípio do juiz natural, Ada Pellegrini Grinover, argumenta que: "A garantia reúne também a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente e, desse modo, desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja." GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Chiovenda, chamada de teoria concreta e, uma segunda, defendida por Liebman, chamada teoria abstrata. A primeira defende a natureza privada da ação, afirmando que esta é proposta contra a parte contrária, e não contra o Estado. Assim, só existiria o Direito de ação quando houvesse uma sentença concretamente favorável ao autor. Vê-se que há uma confusão entre o Direito material pretendido e a ação. A segunda teoria, amplamente mais aceita pela doutrina, entende o Direito de ação como exercido contra o Estado, defendendo a sua natureza pública. Dessa forma, o Direito de ação permanece preservado, ainda que a sentença seja desfavorável ao autor[67].

Dito isso, passemos ao apreço do *Princípio setorial do acesso à justiça*[68].

Com relação ao Principio setorial do acesso à justiça, é preciso deixar claro que esse princípio vai além, exigindo-se que o acesso sempre resulte numa prestação jurisdicional justa[69].

No caso da homologação do plano de recuperação judicial, só haverá aplicação do princípio em apreço se o Magistrado estiver atento para a necessidade de conferir efetividade aos interesses sociais, garantindo a preservação da

---

[67] Kelsen, inclusive, escreveu o seguinte: "A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque - com razão ou sem ela - a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. Esta referência à comunidade jurídica é também decisiva, em última análise, para a regulamentação jurídica da conduta de uma pessoa que individualmente se refere a outra pessoa determinada. Não é apenas - e talvez não seja tanto - o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma jurídica que vincula o devedor ao pagamento: é antes o interesse da comunidade - apreciado pela autoridade jurídica - na manutenção de um determinado sistema econômico." KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 23.

[68] Para Hobbes: "A justiça é a vontade permanente de dar a todo homem o que é propriedade sua; ou seja, de dar a todo homem aquilo que é seu de direito, de modo a excluir o direito dos demais homens de fazer a mesma coisa. (Uma ação justa é aquela que não é contra a lei?). Um homem justo é aquele que tem a vontade permanente de viver de modo justo. Se formos exigir mais, duvido que a definição chegue a abranger um único homem vivo." HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**: direito e filosofia. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 34; Sobre Hobbes, Rousseau, de outro lado, ponderou que: "(...) há outro princípio que Hobbes não percebeu e que, tendo sido dado ao homem para suavizar, em certas circunstancias, a ferocidade do amor-próprio, ou o desejo de conservar-se antes do nascimento desse amor, tempera o ardor que ele tem por seu bem-estar com uma repugnância inata de ver sofrer seu semelhante. Não creio ter nenhuma contradição a temer ao conceder ao homem a única virtude natural que o detrator mais acirrado das virtudes humanas foi forçado a reconhecer (Alusão a Bernard de Mandeville, autor de A fábula das abelhas (1723). Fato da piedade (...)." ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 70.

[69] Sem dúvida, o acesso à Justiça decorre de uma tendência libertária, que com muito esforço se exsurgiu dos vales obscuros dos períodos ditatoriais, tenciona afugentar as sombras sob as quais se escondiam as limitações mais mesquinhas do interesse social. Abrir as portas para a escuridão é o mesmo que dar a visão ao cego e mantê-lo em uma sala escura. A porta serve para que se tenha acesso a algo. Esse algo deve ser a Justiça.

democracia[70] e a construção de uma justiça mais humana, acessível e desburocratizada[71].

Outro princípio que decorre diretamente do princípio do acesso à justiça é o *princípio da inafastabilidade.*

Previsto no artigo 5º, inciso XXXV, esse princípio constitui-se em verdadeira garantia fundamental, prevendo que "a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça a Direito".

É certo, inclusive, considerando que o escopo precípuo do processo é a pacificação social com justiça, partindo-se da aplicação efetiva do direto, que só há

[70] Sobre a questão da democracia, Pablo Ghetti destacou ser fundamental "(...) a superação da chamada democracia de interesses, pautada pelos modelos econômicos que veem a sociedade fundamentada primariamente em indivíduos, os quais tendem a desenvolver atitudes de natureza egoísta, de forma a satisfazer meramente seus interesses pessoais. Esta perspectiva, que se apoia nos estudos de Hayek ou Nozik, inaugurantes do neoliberalismo, é repudiada por Habermas, primeiro por seu estatuto antropológico duvidoso, segundo por suas insuficiências normativas, em condições hodiernas. A soberania popular, por seu turno, (...) só pode fazer sentido se abandonamos postulados da filosofia da consciência, segundo os quais seria possível conceber o exercício político como contínua auto compreensão coletiva, admissível pela via de uma fundação histórica ou de uma autoridade vital, e se se admite uma sociedade descentrada, o que permite uma visão procedimentalista da soberania do povo (...) é nesta forma anônima, que se pode verificar mais facilmente com a referida "soberania popular" se interliga internamente com as liberdades subjetivas. A rigor a ideias de soberania tal com se viu na obra de Schimitt é expressamente refutada." GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Schimitt**: Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133. Numa perspectiva mais pessimista, Schopenhauer nos diria que: "(...) se todo individuo pudesse escolher entre o seu próprio aniquilamento e o do resto do mundo, não preciso dizer para que lado, na maioria dos casos, penderia a balança. Conforme essa escolha, cada um faz de si o centro do universo, refere tudo a si mesmo e considera primeiramente tudo o que acontece – por exemplo, as maiores mudanças no destino dos povos – do ponto de vista do seu interesse." SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de insultar**. Tradução: Karina Jannini (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

[71] No entanto, "(...) o processo civil não se tornará mais efetivo e eficiente somente pelas mãos do legislador, mas, sobretudo, pelo labor mental dos juristas do processo, caso venham eles a compenetrar-se da necessidade urgente de desenvolvimento de uma Processualística bem menos axiomática e mais hermenêutica e pragmática. É bem verdade que a assim chamada 'Ciência Dogmática do Direito' é uma combinatória dos modelos analítico, interpretativo e empírico, de modo que o jurista, ao enfrentar um problema de decidibilidade, raramente se fixa em um único modelo: ora dá prioridade a um deles, ora coloca-os em pé de igualdade. No caso específico da Ciência Processual Civil, porém, tal arquitetônica de modelos costuma ser bastante assimétrica, pois se acaba assistindo na prática acadêmica a uma hipertrofia do enfoque analítico e uma atrofia das perspectivas pragmática e hermenêutica. Evidente que os problemas da ineficiência e da ausência de efetividade não residem, exclusivamente, nessa assimetria metodológica. A questão é mais complexa. Não se pode olvidar que ainda há no Brasil sérias limitações orçamentárias que entravam a boa desenvoltura da gestão burocrático-jurisdicional, por exemplo. Além do mais, ainda há graves defeitos nas leis processuais. De qualquer forma, no que diz respeito aos "entraves dogmáticos", cabe somente a nós, os processualistas, erradicá-los." COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 85.

que se falar em acesso ao Judiciário se efetivamente for possível atingir o escopo do Processo[72].

Sem dúvida, a substitutividade, característica intrínseca à Jurisdição, só deve existir quando houver latente conflito de interesses ou uma exposta ameaça ao Direito[73]. Ou seja, o Estado, por meio da Jurisdição, só se deve fazer presente nas relações pessoais, invadindo a liberdade de agir e consequentemente limitando a vontade da parte, quando realmente se fizer necessário[74].

A despeito da ressalva, a inteligência do dispositivo em comento deve se dar da forma mais ampla possível, considerando tratar-se de norma de garantia fundamental.

---

[72] Conforme assinalado por Ada Pellegrini Grinover, a doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico). É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder. A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal. E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

[73] Diante da regra da liberdade, no Estado democrático de direito a atuação do Estado perante os particulares deve ser exceção. Na verdade, o Estado só deve se fazer presente para buscar o equilíbrio social nas causas em que houver desproporção entre direitos, ou a instalação de conflitos entre seus jurisdicionados como, v.g., quando exerce o dirigismo contratual ou quando age na proteção de direitos difusos. Propugnar pela intervenção estatal por meio do exercício da jurisdição é mais do que banalizar o seu exercício, é abrir precedentes para abusos contra a liberdade dos cidadãos que, há muito, foram sepultados juntamente com os governos totalitários e ditatoriais. Para Dallari, aliás, "(...) os homens só serão livres quando forem obrigados a obedecer a normas de cuja elaboração puderam participar. A liberdade só existe realmente quando é possível, sendo completamente inúteis os dispositivos legais que afirmam a liberdade como um direito, se apenas alguns privilegiados podem usufruir desse direito." DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**. São Paulo, José Bushatsky, s.d., p. 63/64.

[74] Naturalmente, "(...) no plano da dogmática, a vontade manifestada, ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção dos direitos ,e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daqueles. A vontade propriamente dita ou a autodeterminação do agente, a vontade de manifestação ou declaração e a vontade do conteúdo dessa exteriorização produzida unilateral, bilateral, ou multilateralmente constituem matéria básica da teoria do direito e da realidade jurídica." RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

Nesse aspecto, é de se notar que o princípio comentado dirige-se a todos, legislador, membros do Poder Executivo, Judiciário e aos próprios jurisdicionados.

Sem dúvida, limitando a própria vontade do legislador, e o absolutismo da lei, o princípio permite que o Judiciário seja um revisor da legislação, alijando as normas que não se coadunam com a realidade social do seu tempo.

Na verdade, o acesso ao Judiciário figura não só como um meio de se buscar a aplicação do Direito, mas como uma possibilidade da própria adaptação desse Direito aos tempos de hoje.

Neste caso, interesses e bens, que antes não eram protegidos, ou mesmo que o eram de forma insuficiente, e que hodiernamente passaram a incorporar maior interesse e importância por parte do povo, poderão ter sua proteção amplificada com a interpretação atual do Direito[75], atenuando, por conseguinte, o descompasso rítmico entre a dinâmica social e a estática legal[76].

Poder-se-á dizer que o acesso ao Judiciário serve como elemento de adaptação aos tempos democráticos.

---

[75] Nesse caso, segundo Bonavides, "(...) os juízes da magistratura constitucional que se deixam embalsamar na hermenêutica jusprivatista de Savigny, e, por isso mesmo, infensos à teoria material da Constituição e aos métodos interpretativos da Nova Hermenêutica, deviam primeiro refletir nessas verdades que o poeta das musas românticas". Antônio Castilho, assim retratou: "O sol não retrocede no dia, os anos não retroagem nas eras, a árvore não reverte à semente, nem o rio à fonte, nem o homem à infância, nem a civilização à barbárie. Quem não for com a corrente das coisas, maravilhosa corrente que sobe sempre para as alturas desconhecidas, se há de afogar, rematou o vate (...). (A.F. de Castilho, Método de Instrução Primária) (...)". BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

[76] Sobre esta questão, não há dúvida, conforme ressaltou Antônio Carlos Wolkmer, que "(...) a prática do Direito oficial do Estado ensejou longo processo histórico em que a sociedade brasileira viveu permanentemente a fome, a exclusão e a carência de justiça. Assim, a constituição estrutural dessa cultura jurídica beneficiou, de um lado, a prática do "favor", do clientelismo, do nepotismo e da cooptação; de outro, introduziu um padrão de legalidade inegavelmente formalista, retórico, eclético e ornamental. Incluindo suas características individualistas, antipopulares e não democráticas, o liberalismo brasileiro haveria de ser contemplado igualmente por seu incisivo traço "juridicista". Ademais, o cruzamento entre individualismo político e formalismo legalista delineou politicamente a montagem do cenário principal de nosso Direito: o bacharelismo liberal. Em suma, a conclusão que se pode extrair desta perspectiva histórica e da releitura questionadora das "ideias" e das "instituições jurídicas" é a imediata necessidade de articular, na teoria e na prática, um projeto crítico de reconstrução democrática do Direito. Por consequência, redefinir essa trajetória de "ideias" e "instituições jurídicas" (públicas/privadas) no Brasil envolve, concretamente, a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas - fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade - que conduzem a uma historicidade social do jurídico, capaz de formar novos operadores e juristas orgânicos, comprometidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições arcaicas, elitistas e não democráticas. Uma cultura jurídica que reflita "ideias" e "instituições", sintonizada com anseios e aspirações dos sujeitos sociais e dos cidadãos de nova juridicidade." WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115.

Justamente por isso, defendemos que o Magistrado não está plenamente vinculado às normas que determinam a homologação do plano de recuperação judicial, tão somente pelo cumprimento das formalidades da lei, muitas vezes indiferentes à realidade social contemporânea.

Além disso, o objeto de proteção do princípio é extremamente amplo, pois alcança não só a lesão, mas a mera ameaça de lesão ao Direito, garantindo-se que qualquer pessoa do povo, quando se veja ameaçado em seus Direitos, poderá valer-se do Poder Judiciário para ter o seu Direito preservado.

Nesse caso, até mesmo aqueles que não são credores do plano de recuperação judicial poderiam, para atender ao interesse[77] maior da coletividade, provocar a atuação do Judiciário.

Reclama grifar que o princípio da inafastabilidade não se confunde com o princípio da indeclinabilidade, também importante para a nossa discussão. De início anote-se que os sujeitos a que se destina o princípio da inafastabilidade são mais numerosos que o da indeclinabilidade. Enquanto o princípio da inafastabilidade se destina a todos do povo e ao próprio Estado, com seus agentes, o princípio da indeclinabilidade tem como destinatário exclusivo o próprio Magistrado. Pelo princípio da indeclinabilidade prevê-se que o Juiz não poderá eximir-se de julgar, após o franco acesso ao Judiciário. Repudia-se qualquer ato de agentes públicos que busque sufocar, ou mesmo diminuir o acesso ao Poder Judiciário.

Um dos grandes objetivos do princípio é proteger a população contra a arbitrariedade do Estado, evitando que esse, no intuito de favorecer a si próprio, limite ou restrinja o acesso do jurisdicionado ao seu Direito[78].

Por fim, apesar desses esclarecimentos, insistimos que o princípio só será efetivamente atendido se o Magistrado exercer sua atividade conforme as

---

[77] Para Deleuze é possível "(...) atribuir-se a cada poder do espírito um interesse, isto é, um princípio que contém a condição sob a qual este poder é posto em exercício. Os interesses da razão distinguem-se dos interesses empíricos, devido a incidirem sobre objetos, mas só enquanto estes estão submetidos à forma superior de uma faculdade. Logo, o interesse especulativo incide sobre os fenômenos na medida em que formam uma natureza sensível. O interesse prático incide sobre os seres racionais como coisas em si, na medida em que formam uma natureza supra-sensível a realizar." DELEUZE, Gilles. **A filosofia crítica de Kant**. Tradução Germiniano Franco. Lisboa: Edições 70, 1963, p. 49.

[78] Os controles de legalidade e constitucionalidade, no âmbito do processamento do plano de recuperação judicial, competem tão somente ao Magistrado. A assembleia geral de credores, conquanto seja órgão responsável pelas deliberações envolventes do plano, não poderá projetar-se sobre questões jurídicas, pois estas são exclusivamente conferidas ao Juízo. Sempre que o Magistrado se negar ao enfrentamento das contingências jurídicas, deixando-as às resoluções da assembleia, estará desatendendo as orientações do princípio em apreço.

orientações e paradigmas constitucionais. Vale dizer, não basta proferir uma decisão, formalmente ordenada, há que se exercer a função jurisdicional[79] conforme as diretrizes deontológicas constitucionalmente traçadas, buscando a pacificação com justiça social[80].

Dando sequência aos nossos esclarecimentos, convém deixar uma breve advertência sobre a importância da incidência do *Princípio do Devido Processo Legal* no exercício da Jurisdição[81].

Assumindo caráter notadamente público, atualmente o processo[82] é considerado um dos instrumentos mais valorosos para a manutenção do Estado Democrático de Direito[83].

---

[79] Segundo Dinamarco, a independência constitui "(...) de um lado, fator muito favorável à dinâmica da Constituição e da lei, cujo conteúdo se altera na medida das evoluções havidas na consciência axiológica nacional (o Juiz independente não se aferra às linhas interpretativas da jurisprudência formada sob o império de juízos valorativos superados) - e de outra parte é condição propícia a possíveis resistências às "mudanças" operadas, porque o Juiz independente, sendo conservador, terá sempre a legítima possibilidade de liberar as suas próprias tendências e com isso repudiar as interpretações progressistas." DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 34.

[80] Na sua obra Genealogia do Direito Moderno, Nicolas Israël aponta que "(...) é a partir da exigência de justiça social que aos indivíduos é conferida uma liberdade de agir (...). Apenas um estado de necessidade consegue restaurar a primazia do direito natural – direito que decorre das relações de igualdade imanentes às relações sociais – e da justiça. O estado de necessidade é uma situação tão conflituosa que os direitos do individuo ficam ameaçados por leis positivas que protegem o direito comum. Não pretende o ressurgimento de uma moral original, mas a sua reformulação, para possibilitar um direito de resistência num regime legítimo. Assim, o melhor regime seria o que permite derrogar a lei em vigor quando esta põe em perigo as relações sociais de igualdade". ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[81] Acrescente-se, ainda, que decorrem desse princípio os seguintes princípios: do impulso oficial (o Juiz é mais interessado no deslinde da demanda que as próprias partes. Esse procura pôr fim ao processo da forma mais célere e justa, mesmo que as partes permaneçam inertes), do contraditório, da ampla defesa, da defesa global, da publicidade, da finalidade, do prejuízo, da busca da verdade e da licitude da prova.

[82] Processo é o instrumento utilizado pelo Estado para o exercício da atividade jurisdicional, tendo com escopo principal a pacificação social com efetiva aplicação da justiça.

[83] Além do seu caráter instrumental, por outro ângulo, o Processo é considerado como uma relação jurídica instituída entre o Juiz, os autores, e os réus, sujeitos do processo. Para estes são conferidos poderes, direitos, obrigações e ônus. Somente instituída essa relação é que o processo se prestará a servir como adequado instrumento do exercício da Jurisdição. Para Clóvis do Couto Silva, aliás, "(...) a própria obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos. Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existente, é que permite definir-se a obrigação como o fizemos. Aliás, o sistema do Código Civil brasileiro foi construído com base nessa separação de fases e dimensões; na hipótese de transferência de direito de propriedade, e.g., por ser a 'solutio', entre nós, causal, permite que se considere a obrigação como processo, de modo adequado ao significado deste termo nas demais ciências sociais." SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 167.

Note-se que o plano de recuperação judicial é apresentado nas entranhas de um procedimento processual civil, presidido por um Magistrado.

Por estar necessariamente vinculado ao processo, o plano de recuperação judicial, e todas as questões que o envolvem, deve ser submetido às orientações principiológicas que informam o processo, inclusive aos paradigmas do devido processo legal.

Portanto, quando do seu protagonismo, diante do plano de recuperação judicial, acreditamos que o Magistrado deve estar necessariamente atento aos vetores radicados no princípio do devido processo legal, sob pena de desempenhar a atividade jurisdicional de forma democraticamente inadequada.

Dito isso, passemos em seguida às considerações sobre o *Princípio do Juiz Natural*[84].

Ligado ao conceito de Jurisdição e previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXVII da CF[85], também chamado de princípio do Juiz constitucional, ou princípio da neutralidade, o Princípio do Juiz Natural tem como objeto principal, além da vedação da criação de tribunais ou juízos de exceção, garantir que o exercício da Jurisdição será realizado, em nome do Estado, pelas pessoas que detenham competência para tanto[86].

Se buscarmos uma *definição* adequada, temos de entender o Princípio do Juiz Natural, na sua condição de garantia, de forma extensiva, seguindo as próprias orientações da hermenêutica[87].

---

[84] Seu precedente histórico é a Magna Carta Inglesa de 1215, a qual previa nos seus artigos a aplicação de sanções "após o legítimo julgamento de seus pares e pela lei da terra" acrescentando que, "nenhuma multa será lançada senão pelo julgamento de homens honestos da vizinhança". A construção do princípio, e seus reflexos tiveram como base doutrinária a vedação aos poderes de comissão, previstos na Inglaterra no séc. XVII; de evocação, previsto nas constituições americanas; e os poderes de atribuição, previstos nos textos constitucionais franceses.

[85] Além de sua previsão constitucional, o Princípio do Juiz Natural também é contemplado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1947 em seu artigo 10, o qual prevê que "todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Aliás, exceto no período compreendido como sendo do Estado Novo, no Brasil sempre houve a aplicação do princípio.

[86] A propósito, a atual Constituição prevê: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.".

[87] Dessa forma, não há que se falar em restrição ao seu alcance apenas à vedação da criação de tribunais de exceção, pois o entendimento do princípio se dá no sentido da necessidade de uma previsão constitucional expressa de competências para o exercício da atividade jurisdicional.

Para que o Princípio do Juiz Natural prevaleça, necessário se faz que o Juiz seja incólume a qualquer influência externa, seja de particulares, do Estado, representado por outros poderes, ou mesmo contra influências dos próprios órgãos do Poder Judiciário[88].

Neste mesmo curso lógico, nota-se que a *independência* do Magistrado[89] é uma garantia que toca diretamente o Poder Judiciário[90], permitindo que esse exerça a sua função de forma livre, projetando seus efeitos no próprio cidadão, que se vê protegido contra um poder vulnerável a influências externas[91].

Esta independência deve prevalecer, não só em relação aos particulares, que muitas vezes representando grupos herméticos, defensores de interesses mesquinhos, que procuram pressionar o Judiciário a agir de acordo com esses interesses[92], mas, principalmente em relação à chamada opinião pública[93].

---

[88] Outra questão é a suposta submissão dos órgãos inferiores ao entendimento sumulado dos superiores. O entendimento dos tribunais não pode afastar o princípio da independência, pois o Juiz, ainda que existam julgados superiores, não estará adstrito ao entendimento dos tribunais, devendo julgar de acordo com a sua consciência e pautado nos valores que compõem a sociedade.

[89] De fato, "(...) sem juízes independentes não pode existir Estado democrático. Essa é uma verdade geralmente reconhecida, sendo conveniente, entretanto, fixar bem claramente sua significação, para que se tenha plena consciência dos meios que conduzem ao ideal da magistratura independente. Há três requisitos fundamentais para a concretização da independência dos juízes, a saber: um sistema legal que afirme e assegure essa independência; o respeito das normas legais concernentes à situação e ao desempenho da magistratura, pelos que se acham integrados no sistema jurídico, especialmente pelos que detêm alguma parcela do poder; o comportamento independente da própria magistratura, que deve defender ardorosamente suas prerrogativas e a predominância da ordem jurídica, sem fazer qualquer apelo ou concessão às soluções de conveniência ou de arbítrio." DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 91.

[90] Para aprofundamento do estudo sobre a independência do Magistrado e a relação jurídica processual, confira RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Prof. L. Cabral de Moncada. 4ª ed. Vol. II. Coimbra: Armênio Amado, editor, sucessor, 1961, p. 117/123.

[91] Uma leitura desavisada e superficial do artigo 3º da CF, o qual dispõe sobre a independência e harmonia dos poderes entre si, somada ao controle externo dos poderes uns sobre os outros, poderá levar os menos iluminados à sombra do equívoco, fazendo-se entender de forma errônea pela relativização do princípio da independência. Ocorre que, diante do caráter de inalienabilidade e indisponibilidade desse princípio, não se admite qualquer entendimento ou interpretação que lhe diminua o alcance. Em complemento ao entendimento acima articulado, é de se dizer que a independência dos Poderes é apenas uma ficção jurídica que o constituinte criou para facilitar a atuação do Estado - não há separação de poder, há sim separação de funções, pois todas as manifestações de vontade reportam-se a um querer único do povo, que emana do seu poder.

[92] O Magistrado, quando da decisão sobre o plano de recuperação judicial, deve assumir um protagonismo independente, afastado das eventuais interferências externas.

[93] Para Beccaria, "(...) a opinião pública é produto de uma massa abstrata de pessoas, que desconhecendo os pormenores do caso concreto, carregadas muitas vezes de paixões que lhes alteram a verdadeira percepção, ou mesmo influenciadas por grupos parciais, clamam por posturas jurisdicionais alheias aos paradigmas da justiça e da ética. Não nos olvidemos da imprensa que, não obstante tenha um papel indisponível para com a manutenção da democracia, algumas vezes se presta, ainda que involuntariamente, à canalização dessas pretensões não valorosas, no sentido de reclamar determinadas posições do Judiciário. Como já nos assinalou Beccaria: O verdadeiro tirano começa sempre reinando sobre a opinião; quando é senhor dela, apressa-se a oprimir as almas

Em outros termos, o órgão judicante deve estar isento, incólume, inviolável às pressões, pois a sua independência pressupõe assento na justiça, na razão, e nos valores maiores que compõem a sociedade[94].

Com relação ao princípio da imparcialidade, em que pese à aparente tautologia, difere do Princípio da Independência.

Enquanto o primeiro princípio indica a necessidade do Juiz não possuir interesse pessoal, econômico ou moral, em relação à demanda e aos elementos que a compõem, o princípio da independência refere-se à necessidade de se ter um juiz incólume e protegido às influências externas.

É claro, o julgador, seja ele órgão singular ou colegiado, é formado por homens, que por viverem em sociedade adquiriram e somaram valores e concepções sobre o justo. Esses julgadores, enquanto submetidos à condição humana, por vezes são auxiliares das suas emoções carregadas de humanismo, muitas vezes sujeitos a vícios, portanto, se não estiverem muito atentos para o escopo da função que por eles é exercida podem conduzir-se inexoravelmente às sendas do erro[95]. De qualquer forma, seria sofismático discorrer sobre hermetismo absoluto do julgador, pois os valores que habitam o Juiz não deixam de sombrear a independência do exercício jurisdicional.

Assim não o fosse, o julgador seria um frio aplicador da lei, tergiversador da realidade, a qual deve obrigatoriamente ser levada em conta para uma justa decisão.

Em verdade, Juiz imparcial é aquele que, ao julgar, não tem interesse que ao deslinde da demanda alguma das partes obtenha vantagens ou desvantagens.

Para o julgador deve ser irrelevante que o Direito assista a uma ou outra parte, esse deve julgar e atribuir o Direito àquele que o merece, independentemente da afinidade que tem com as partes.

---

corajosas, as quais tem tudo que temer, porque só se apresentam com o archote da verdade, quer no fogo das paixões, quer na ignorância dos perigos." BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório de Angelis. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2000, p. 82.

[94] Ainda sobre a independência do Poder Judiciário, há garantias que se destinam a dar uma maior sustentabilidade ao próprio Princípio do Juiz Natural, como a garantia da inamovibilidade, da vitaliciedade, da irredutibilidade dos vencimentos, dentre outras, garantias que, para uma visão mais turva, parecem se destinar ao próprio Juiz, mas que, na verdade, destinam-se à própria sociedade.

[95] A propósito, sobre as emoções, Sartre dirá que: "(...) não apenas não temos consciência da finalidade da emoção, como também rejeitamos a emoção com todas as nossas forças, e ela nos invade contra nossa vontade. Uma descrição fenomenológica da emoção se obriga, pois, a levantar essas contradições (...)." SARTRE, Jean-Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 55.

Por outro lado, o Princípio da Imparcialidade não se confunde com o Princípio da Neutralidade, pois esse pressupõe que, em que pese observada a imparcialidade, o Juiz não só pode, como deve, agir ativamente no processo[96].

A imparcialidade não pressupõe uma letargia ou uma posição de passividade frente ao processo, ao contrário, deve o órgão julgador, na condição de defensor dos interesses constitucionalmente assegurados, que dão sustentabilidade ao Estado Democrático de Direito[97], agir para garantir a efetividade dessas garantias, velando para que o processo seja um verdadeiro instrumento de distribuição da justiça.

A imparcialidade convive harmoniosamente com a atividade jurisdicional participativa do Juiz. A participação ativa no processo deve ser interpretada como condição que se insere no processo enquanto instrumento de caráter público, ou seja, indisponível ao arbítrio das partes.

O Juiz não pode assistir inerte ao desenrolar da relação processual, devendo agir efetivamente, considerando-se o Processo como efetivo instrumento de caráter

---

[96] Vale destacar, neste ponto, as colocações de Nascimento: "(...) ora, falar em um Poder Judiciário ascético, neutro e alheio aos conflitos e paixões que mobilizam a sociedade da qual provem os seus instrumentos máximos que são os magistrados, uma sociedade da qual o Judiciário é parte indelével, não passa de mistificação. (...) Nas democracias, a proteção das minorias é também essencial. Cabe ao Judiciário, mormente quando investido em função constitucional, opor-se ao despotismo majoritário e, nestes casos, desempenhando uma função que é política e é legítima porque indispensável para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito." NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 95.

[97] Conforme exposto por Marcelo Neves, "(...) a questão que se põe no primeiro plano, neste início de século, não é a da transição "do Estado Democrático de Direito para um estado mundial heterárquico ou uma política interna mundial supra-ordenada", mas sim a referente aos novos papéis, tarefas e possibilidades do Estado de Direito em uma sociedade mundial heterárquica, que se torna cada vez mais **dinâmica e flexível**." NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 283.

público e rechaçando os posicionamentos neoliberais[98] refratários à participação do Estado nas relações privadas[99].

Portanto, o Juiz atuante e participativo não é somente uma necessidade, mas sim uma exigência à manutenção das garantias republicanas[100].

Um ilustrativo exemplo desse protagonismo proativo está na possibilidade de o Magistrado, de ofício, convidar membros da sociedade civil, ou mesmo técnicos de outras áreas do conhecimento, para contribuir com a discussão acerca do plano de recuperação judicial.

O *Princípio da Investidura*, por sua vez, assegura que só o Juiz, regularmente investido no cargo, poderá exercer a Jurisdição. Ela, como dito, é atividade exercida exclusivamente pelo Estado, que a exerce por meio do Poder Judiciário. Esse, por sua vez, é composto de membros que agem em seu nome e consequentemente em nome do próprio Estado.

---

[98]Marilena Chauí nos indica duas grandes dádivas neoliberais. De acordo com a autora, "(...) do lado da economia, há uma acumulação do capital que não necessita incorporar mais pessoas ao mercado de trabalho e de consumo, operando com o desemprego estrutural; do lado da politica, há a privatização do público, isto é, não só o abandono das politicas sociais por parte do Estado e a "opção preferencial" pelo capital nos investimentos estatais. A politica neoliberal recrudesce a estrutura histórica da sociedade brasileira, centrada no espaço privado e na divisão social sob a forma da carência popular e do privilégio dos dominantes, pois a nova forma do capitalismo favorece três aspectos de reforço dos privilégios: 1) a destinação preferencial e prioritária dos fundos públicos para financiar os investimentos do capital; 2) a privatização como transferência aos próprios grupos oligopólios dos antigos mecanismos estatais de proteção dos oligopólios, com a ajuda substantiva dos fundos públicos; 3) a transformação de direitos sociais em serviços privados adquiridos no mercado e submetidos à sua lógica". MARILENA CHAUÍ. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. 9ª reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2012, p. 94.

[99] Radbruch já lembrou que "(...) não apenas o direito público penetrou na economia; de forma inversa, a economia privada penetrou na vida política, tanto por vias legais quanto ilegais. Quando, nos períodos mais difíceis do pós-guerra, viam-se representantes da economia tratarem com o governo em pé de igualdade, tal como no Estado feudal poderosos senhores feudais devem ter tratado com seu soberano; quando se via como, tal qual tais senhores feudais, entravam em negociação com o exterior, com ou sem consentimento do governo, pensava-se estar vivendo quanto à forma em uma democracia, mas no fundo em um regime feudo-econômico. Essa influência exercida pela economia sobre o governo, fora das formas constitucionais, diretamente ou por intermédio dos partidos, é bem mais forte que a influência que se efetua na forma da Constituição." RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 96.

[100] De certo, "(...) cada um provavelmente já conheceu o velho Juiz, vendo tudo que é humano com compreensão e entendimento, rígido em seus princípios, mas com humildade exercida sem palavras, imparcial em sua justiça inabalável. Mas todos também conhecem seu oposto, ao qual faltou o firme apoio da alegria na profissão. Existem profissões que sempre serão profissões erradas – delas o direito com certeza não faz parte – só que frequentemente é uma escolha de profissão errada. A profissão errada é o pecado maior – na verdade o pecado contra o Espírito Santo – contra o próprio espírito, por essa razão, atrofiado, aleijado, distorcido. Ninguém conquista sua paz se a própria imagem não se perfaz." Ibid., p. 232.

Toda pessoa física que age em nome do Estado deve estar legitimada para tanto. Essa pessoa física é o agente público, que se vincula formalmente ao Estado por meio da investidura.

Com efeito, os agentes públicos podem ser divididos em duas categorias: agentes políticos, cuja investidura se dá por eletividade; e os funcionários públicos, cuja investidura se dá por nomeação ou por concurso público.

Os juízes pertencem a essa segunda espécie de agentes públicos, ingressando, em regra, por meio de concurso público. Além do concurso público, os juízes podem ingressar na carreira pelo quinto constitucional ou por nomeação do Poder Executivo. Em qualquer dos casos, haverá investidura e a legitimidade para exercer a Jurisdição.

O Princípio da Investidura complementa o Princípio do Juiz Natural e a própria imparcialidade, pois adota, ou deveria adotar em alguns casos, critérios de natureza objetiva, afastando qualquer favorecimento, o que ensejaria em desvio moral ou ético.

Como se sabe, a retributividade é condição da natureza humana, tudo que se recebe, tem-se urgência em retribuir, seja por vaidade em não querer ser devedor de um favor, seja por sentimento puro de gratidão. Assim, projeta-se à garantia de que o acesso ao Judiciário se dê sem o auxílio de qualquer pessoa, senão das qualidades, méritos e valores daquele que ingressa.

Facultar o acesso ao Judiciário, ancorado somente em critérios subjetivos, é abrir as portas para a arbitrariedade e consequentemente para o enfraquecimento da justiça, rechaçando a garantia de um Judiciário isento, imparcial, independente e, sobretudo, justo.

Por fim, cumpre-nos esclarecer que o Brasil, apesar de legitimado para ocupar um lugar de destaque meritório em relação às garantias individuais e coletivas, seguidor de um constitucionalismo de vanguarda[101], cede o passo quando

[101] Certamente, como nos advertiu Barroso, no contexto constitucional o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica, e a ponderação de interesses são componentes de uma reelaboração teórica, filosófica e prática, (...) o novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziu-o ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da

se trata do ingresso de membros do Poder Judiciário nos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais, assim como na adoção dos critérios de promoção de seus membros, que são promovidos em virtude de critérios abstratos de merecimento e antiguidade.

Tais posturas não se coadunam com todas as garantias que regem o Estado Democrático de Direito, indo de encontro com toda a tendência constitucionalista atual.

A despeito das ponderações lançadas acima, qualquer deliberação por parte da assembleia de credores sobre matérias exclusivas à função do Magistrado implica flagrante violação ao princípio da investidura, naturalmente porque a assembleia não goza de competência jurisdicional[102].

Por exemplo, o controle da função social da empresa, a partir da decisão sobre o plano de recuperação judicial, é matéria recolhida ao espectro da função jurisdicional. Dessa forma, se o Magistrado se abstiver de cotejar esta questão, deixando-a ao livre juízo da assembleia de credores, teríamos violação ao princípio da investidura.

Em complemento, também por sua importância, é relevante assentarmos algumas notas sobre o *Princípio da Indelegabilidade*, pelo qual não pode o Magistrado delegar o exercício da função jurisdicional àquele que não possui competência para tanto.

É de se notar que este princípio está muito próximo do princípio da investidura, apreciado acima.

Neste caso, atente-se para o fato de que o poder jurisdicional pertence ao Estado, e por ele é exercido, através de agentes políticos, regularmente investidos dessa condição.

Constituição. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Petrópolis, 2003, p. 47.

[102] Regis Fernandes de Oliveira acrescenta que "(...) a vigência de texto constitucional, com a definição das estruturas políticas, das regras de competência, da repartição de interesses, as pressões sociais e econômicas, os jogos de grupo, as conveniências ocasionais, os ideais religiosos, entram todos em jogo, na batalha dos interesses, dando causa ou origem a um conglomerado de normas que passa a disciplinar a vida em sociedade." HORVATH, Regis Fernandes de Oliveira Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 15.

Além disso, o agente político é escolhido individualmente e a ele o Estado delega poderes específicos, sendo vedado que esse ultrapasse os limites dos poderes delegados ou mesmo o ceda, seja a qual título for.

Assim, considerando que a delegação é do poder que pertence ao Estado, o agente público ao qual esse poder é delegado não o pode ceder a um terceiro, pois obviamente só se pode ceder o que se pode dispor.

Nesse sentido, como o agente não pode dispor daquilo que não lhe pertence, não pode delegar a outrem o exercício desse poder[103].

Não se pode deixar de evidenciar, também, que as delegações para o exercício do poder jurisdicional, chamadas de competência, são expressamente previstas na Constituição Federal, vedando-se qualquer modificação de caráter infraconstitucional[104].

Novamente, obtemperamos que haverá violação ao princípio da indelegabilidade sempre que o Magistrado, durante o processamento da recuperação judicial, delegar a cognição de matérias jurídicas à assembleia de credores.

Nesta mesma perspectiva, lembremo-nos do *Princípio da Indeclinabilidade*, pelo qual apreendemos que ao Juiz é vedado abster-se de manifestar-se acerca da demanda que lhe foi submetida. Dessa forma, o julgador deve necessariamente manifestar-se sobre a pretensão do jurisdicionado, ainda que seja para declarar-se incompetente ou mesmo para extinguir o processo sem análise do mérito[105].

---

[103] Em defesa do poder discricionário do juiz Sampaio sustenta que "(...) o poder jurisdicional conferido ao juiz serve exatamente a formar efetiva a jurisdição, vista ela como o meio eficaz cabente ao Estado, de, através do processo, solucionar conflitos de interesses oriundos das relações entre cidadãos, entre cidadãos e o próprio estado e, na atual visão publicista da função reservada ao processo, manter a ordem social, econômica e jurídica da nação." SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 95.

[104] Outro fator importante está no fato de que, não obstante seu amplo alcance, o aludido princípio sofre algumas limitações previstas no ordenamento jurídico: nas execuções dos julgados do STF, exercidas pelos juízes de primeiro grau, conforme previsão do artigo 101, inciso I, letra "m" da CF; nos casos de ação rescisória, em que o Tribunal, mediante a expedição de carta de ordem, delega aos juízos de primeiro grau a colheita de provas, entre outros.

[105] É também chamado do princípio do *non liquet* (não existe), justamente referindo-se sobre a inexistência da possibilidade de o Juiz abster-se de julgar. Confirmando a mensagem do princípio, a Lei de Introdução ao Código Civil e o próprio Código Civil, em seus artigos 4º e 126, respectivamente, preveem que o Juiz deverá julgar, ainda que não exista norma jurídica que disponha sobre o tema. Inadmite-se a alegação de lacuna da lei, devendo o Juiz valer-se de outros elementos informativos que o auxiliarão na solução do litígio.

Portanto, mesmo diante da ausência de disciplina normativa, deve o Juiz se valer da analogia[106], dos costumes[107], dos princípios que informam o tema, dos princípios gerais do Direito e dos próprios valores que considera como justos.

A pertinência lógica dessa conclusão é irrefutável, considerando que nenhum ordenamento jurídico conseguirá ser exaustivo no tratamento das relações sociais, não só em virtude da imprevisibilidade da ocorrência de situações, mas principalmente em virtude do dinamismo dessas relações em contrapartida à estática condição normativa; a lacuna é uma característica intrínseca a qualquer conjunto de normas reguladoras de uma sociedade, a normalização, mais notadamente a lei, nunca alcançará a sombra da realidade.

Logo, mesmo sabendo que há intensa disciplina legislativa, principalmente pela Lei 11.101/05, do plano de recuperação judicial, temos de reconhecer que, em diversos casos concretos, o Magistrado encontrar-se-á diante de cenários que reclamam uma concepção normativa singular.

Nesse aspecto, deve o Magistrado, na condição de sujeito pacificador, colmatar as lacunas e adaptar a norma à sua realidade concreta; cabe ao Magistrado decantar as águas turvas do ordenamento jurídico para fazer com que a atividade jurisdicional vá além da simples aplicação da lei, tornando-se verdadeiro instrumento de construção social e aplicação da justiça.

De outro ângulo, destacamos, ainda, o *Princípio da Inevitabilidade*.

Esse princípio informa que o jurisdicionado submetido ao exercício da Jurisdição não poderá livrar-se, voluntariamente, dos seus efeitos.

Com efeito, uma vez provocado, o Poder Judiciário deverá obrigatoriamente se manifestar, sendo que essa manifestação atingirá inevitavelmente ambas as

---

[106] Sobre o raciocínio analógico, Weinreb assinalou que: "(...) os dogmas transcendentais também já suprimiram dúvidas que um entendimento humano mais cauteloso e humilde teria respeitado. O compromisso com uma causa justa não deve exigir de antemão uma prova infalível, a fim de que a convicção não seja confundida com uma prova e as deliberações posteriores não sejam frustradas. Especialmente o direito – por estar em contato com toda a nossa vida, sendo decisivo na maioria das atividades humanas – tem necessidade de incertezas, inclusive quando aspira a elucidar o seu ponto de vista sobre o bem. A confiança na capacidade humana de refletir e deliberar sobre os fins humanos, e sobre como alcançá-los, não produz as verdades da razão abstrata ou da ciência empírica; não oferece nenhum refúgio contra a dúvida e, ainda, exige de nós a contínua reavaliação e reconsideração de nossas conclusões, bem como a perpétua atenção à possibilidade de erro. Justamente por tais razões, é essa confiança o caminho mais seguro e menos traiçoeiro para uma ordem social justa." WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: O uso da analogia no argumento jurídico. Tradução Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 135.

[107] Aliás, os instintos são comparáveis aos costumes, e diferem apenas por sua origem. Sobre o tema, confira DARWIN, Charles. **El Origen de las Especies**. Tradução Sérgio Albano. 1ª ed. Buenos Aires: Gradifco, 2007, p. 187-192.

partes do processo. É, portanto, inevitável, ser atingido pelos efeitos que decorrem da prestação jurisdicional, sendo certo que a parte deverá a ela submeter-se independentemente de sua vontade.

Tratando-se de relação processual, em que se discutam interesses públicos, o Juiz não poderá deixar de impor a aplicação do Direito, fazendo valer de forma inafastável o exercício jurisdicional, caso em que o princípio será aplicado na sua plenitude.

Portanto, a despeito de eventualmente haver uma aprovação do plano de recuperação judicial por parte de alguns dos credores da recuperanda, caso o Magistrado, por um juízo crítico, entenda que não há conveniência social para a sua homologação, todos os credores deverão se submeter, inevitavelmente, à decisão judicial.

Além disso, é oportuno indicarmos, no que se refere ao tema, a relevância do *Princípio da Aderência ao Território*, também chamado de *Princípio da Improrrogabilidade da Jurisdição*[108]*.*

O aludido princípio limita o alcance do Poder Jurisdicional do Estado a determinado espaço territorial.

Com relação à competência para o processamento e julgamento das questões falimentares, e dos planos de recuperação judicial, malgrado a Lei 11.101/05, associada ao Código de Processo Civil, contenha normas rígidas sobre a definição da competência, no nosso sentir, eventualmente, conforme as contingências do caso concreto, deve haver relativização dos rigores normativos, notadamente para atender às orientações teleológicas do princípio em apreço.

Há que se atentar para o fato de que o Brasil é um país com uma grande diversidade cultural, de verdadeiras proporções continentais, portador dos mais diversos valores, sendo que, dependendo da região em que se situa o órgão julgador, é possível uma maior ou menor valoração interpretativa de um mesmo fato.

---

[108] Igualmente destacável, para o nosso tema, é Princípio da 'Perpetuatio Jurisdictione'. Traduzido como o Princípio da Perpetuação da Jurisdição, estabelece que, uma vez fixada a competência relativa, essa não poderá ser modificada, ainda que haja uma alteração objetiva ou subjetiva do processo. Insta salientar que competência deve ser considerada como sendo a medida de Jurisdição conferida a um órgão do Poder Judiciário, o qual só poderá exercer o seu poder jurisdicional no âmbito da competência que lhe foi atribuída. Essa limitação do exercício da jurisdição, chamada de competência, se dá em virtude de diversos fatores, os quais dicotomizam a competência em duas classes, absoluta ou relativa. Será absoluta a competência fixada em razão da matéria ou da função. Será relativa quando for fixada em razão do lugar ou do valor, salvo o chamado 'foro rei sitae', que impõe uma competência absoluta.

Dessa forma, o Judiciário, na condição de verdadeiro garantidor da manutenção dos corolários e ditames constitucionais, sujeito ativo na realização da justiça social, deve na solução do litígio aplicar o Direito, entendido esse não só como o reflexo imóvel do texto legal, mas sim como o conjunto de valores e práticas que compõem o determinado grupo social.

Aliás, não se deve, nem por um momento sequer, olvidar-se que a verdadeira lei é aquela legitimada pelo povo, vedando-se a aplicação ao concreto de uma lei ilegítima, ainda que em consonância com as formalidades legislativas, porém destoante dos valores do povo de seu tempo.

Dando curso às nossas colocações temos de assinar, ainda, a incidência do *Princípio da Vinculação do Juiz aos Fatos da Causa*[109]*.*

Este princípio limita o alcance da atividade jurisdicional, no sentido de que veda ao Juiz o conhecimento de fatos não trazidos ao processo pelas partes[110].

---

[109] Com relação ao contato do Juiz com a prova e os fatos, ressalto, também, o Princípio da Identidade Física do Juiz. Este princípio tem como objetivo principal a busca de uma decisão mais acertada, em compasso como os elementos probatórios colhidos no processo. Assim, prevê que o Juiz que tiver colhido a prova oral deverá ser o mesmo que julgará a demanda. A oralidade, lastreada nos Princípios da Imediatidade (o Juiz deve atuar sem intermediários quando colhe a prova, para que tenha contato direto com ela); da concentração (necessidade de que os atos sejam realizados o mais próximo uns dos outros para que não se haja esquecimento dos detalhes que os compõem), vem sendo homenageada no moderno processo civil, em que se busca menos formalismo, mais celeridade e efetividade. O contato direto do Juiz com a prova garante que o julgamento estará sintonizado com os elementos probatórios constantes dos autos. As impressões dos gestos e da própria voz e seu tom, da fisionomia e outras características daquele que profere as informações oferecerá ao Juiz melhores elementos para julgar. Exceção ao princípio são os casos de processo que servem de instrumento ao exercício da jurisdição voluntária, onde não há lide, bem como nos remédios constitucionais, em que não há necessidade de dilação probatória por ser a prova pré-constituída. O princípio será inaplicável, inclusive, nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria do Magistrado. Nos termos do artigo 132 do Código de Processo Civil, o Juiz titular, ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado ou por qualquer outro motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. O parágrafo único do mesmo dispositivo o complementa, assegurando que, em qualquer hipótese, o Juiz que proferir sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas, preservando, por conseguinte, o princípio em destaque.

[110] Necessário lembrar, todavia, que não há adstrição do Juiz em relação aos fundamentos de direito. Algumas limitações ao alcance do princípio são previstas no ordenamento jurídico, como e.g., o disposto no artigo 462 do CPC o qual admite que, em que pese o Juiz na sentença não possa afastar-se dos fatos trazidos a juízo, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, pode o Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. Em relação ao princípio da vinculação ao pedido da parte, também se verifica exceções, como a previsão do artigo 11 da Lei 4.717/65, que trata da ação popular, e que dispõe que o julgamento de procedência da ação popular, além de declarar a invalidade do ato, condenará os responsáveis pela prática do ato anulado, e os seus beneficiários, sem prejuízo de perdas e danos. Assim, ainda que o autor não tenha pedido, o Juiz estará autorizado a aplicar a referida sanção. O mesmo se diga do contido nos artigos 290 e 293, in fine, do CPC, os quais, ao tratarem de prestações periódicas, dos juros, das custas, dos honorários advocatícios e da correção monetária, preceituam que o Juiz poderá condenar o requerido ao pagamento desses, ainda que não postulado pelo autor. Além desses casos previstos em lei, a jurisprudência também contempla casos de exceção ao princípio como, e.g., nas ações de alimentos

Dessa forma, efeito da sua aplicação é a limitação da lide e da tutela jurisdicional invocada[111].

Nota-se, portanto, que representa instrumento de limitação à ingerência do Estado nas questões de interesse privado[112].

A imposição do Princípio em comento esboça-se no artigo 128 do CPC[113], o qual determina que o Juiz decida a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, e cuja invocação da lei exige a iniciativa da parte[114].

Sem embargo do que se expôs, numa perspectiva republicana e democrática, o Magistrado deverá direcionar-se não apenas pelos estritos limites postos em juízo

---

propostas com fundamento no artigo 475-J do Código de Processo Civil, onde o Juiz pode converter para o rito do artigo 733 do mesmo diploma, ouvindo-se o Ministério Público, no interesse do menor. Também se entende como exceção ao princípio o conhecimento de ofício pelo juízo ou Tribunal, de matérias consideradas de ordem pública, ainda que estranhas ao objeto da demanda. Exemplo disso é o caso das nulidades, previstas no artigo 166 do CC ou da prescrição, prevista no artigo 219, parágrafo 5º do CPC.

[111] Perceba-se que o alcance deste princípio, em que pese a aparente semelhança com o Princípio da Adstrição do Juiz ao Pedido da Parte, previsto nos artigos 459 e 460 do CPC, vai além, pois veda que o Juiz conheça de atos estranhos aos discutidos em juízo, ainda que se limitasse aos pedidos das partes. Assim, e.g., discutindo-se uma rescisão contratual por inadimplemento, o juízo, ainda que limite-se a rescindir o contrato, não poderia examinar questões estranhas à ocorrência do inadimplemento.

[112] Sobre a noção das ordens pública e privada, no Direito internacional privado, confira, ainda, DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral); 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 349.

[113] Nelson Nery Jr., comentado o artigo 128 do CPC sustenta que "(...) as questões de ordem pública devem ser conhecidas 'ex officio' (v.g., CPC 267, parágrafo 3º, 301, parágrafo 4º), independentemente de pedido da parte ou interessado. As questões de direito indisponível, como, por exemplo, as de família, de direitos difusos (meio ambiente, consumidor etc.), podem ser investigadas no processo de ofício. O juiz, por exemplo, pode declarar nula determinada cláusula contratual, mesmo sem a requisição da parte, e até contra a sua vontade, porque o vício da nulidade é proclamável de ofício. As questões de ordem pública podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido. Só a nulidade do casamento não pode ser declarada de ofício, incidenter tantum no processo, porque para tanto a lei exige expressamente a propositura da ação (RT 494/176). Exemplos de questões de ordem pública, declaráveis de ofício, a cujo respeito não incide a regra da congruência entre os pedidos e sentenças, não se colocando o problema da decisão extra, infra ou ultra petita: a) cláusulas abusivas nas relações de consumo (CDC 1º. E 51 caput); b) cláusulas gerais (CC 2035 par. ún.) da função social do contrato (CC421), boa-fé objetiva (CC422), função social da propriedade (CF 5º. XXIII e 170 III; CC 1228, parágrafo 1º), função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981; LSZ 116 parágrafo único. e 154 caput). Em suma, as matérias de ordem pública não se submetem ao princípio da congruência, de modo que o juiz deve decidi-las, ainda que não constem do pedido, decisão essa que não terá sido proferida nem ultra nem extra petita." NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 337.

[114] Há que se lembrar, ainda, o preceito contido no artigo 515, parágrafo primeiro do CPC, o qual, para os intérpretes menos cuidadosos, pode levar ao entendimento distorcido acerca da sua submissão ao Princípio. O que o artigo prevê, em decorrência do efeito devolutivo do recurso de apelação, é o conhecimento de fato não analisado pelo juízo a quo, mas que de todo modo foi trazido pelas partes ao processo. Assim, não há conhecimento de fato estranho ao processo pelo Tribunal, mas somente a análise fática não realizada pelo juízo de primeira instância.

pelas partes, mas sim atuar proativamente para a efetivação dos Direitos e garantias assinalados no elenco das normas constitucionais.

Assim, ainda que as partes não tenham levado algumas questões ao processamento do plano de recuperação judicial, se conveniente for para a implementação dos paradigmas constitucionalmente radicados, o Magistrado deverá tomá-las em conta para a formação do seu convencimento[115].

Expostos esses esclarecimentos, cumpre-nos apontar, ainda, alguns princípios fundamentais para a adequação na utilização do processo, como meio de superação dos conflitos.

De início, assinalamos o *Princípio da economia processual,* também chamado de princípio da simplificação.

Este princípio tem como objetivo principal obter o resultado mais positivo com o mínimo de desgaste às partes e ao Estado.

Compreende-se que o processo só alcançará o seu escopo principal, qual seja o de pacificar com justiça, quando atender aos ditames do princípio da economia processual, pois é certo que um processo demasiadamente oneroso nunca poderá ser tido como justo.

Quando se disserta sobre mínimo desgaste, esse deve ser entendido de forma extensiva, como mínimo desgaste de tempo, dinheiro e emoções.

Portanto, a tradução do princípio é a busca de um processo que gere o maior número de frutos, com o menor número de esforços, seja econômico ou emocional para as partes e para o Estado.

Entretanto, nem sempre a celeridade e o baixo consumo de recursos processuais implicarão adequada prestação jurisdicional. Por exemplo, em alguns processos de recuperação judicial e falência, o grande número de interessados envolvidos na demanda reclama maior número de recursos e de tempo.

---

[115] Em acréscimo, lembremo-nos do princípio '*iuria novit cúria*' - o Juiz conhece o direito. Este princípio, delineado de forma precisa no artigo 337 do CPC, permite que o Juiz aplique o direito ao caso concreto, independentemente da vontade das partes, consideradas as observações relativas à aplicabilidade e exceções dos princípios da adstrição do Juiz aos pedidos e fatos trazidos para o processo. Dessa forma, a parte não estará obrigada a trazer em sua pretensão o direito que a ela se aplica, pois o Juiz o conhece e o aplicará independentemente de arguição. Perceba-se que o Princípio tem alcance além da norma, pois se fala em conhecimento do direito, considerado, de acordo com a teoria tridimensional, composto pelos elementos fato, valor e norma. Assim, a cognição não se limita à norma, mas a todo o direito, inclusive aos fatos e valores que o constituem, notadamente pelo fato de que o Magistrado deve estar sintonizado com os valores sociais e políticos que legitimam o direito aplicável.

Assim, observadas as necessidades do caso concretamente posto, a opção por maiores desgastes de tempo e de recursos poderá ser o melhor caminho para uma decisão justa e coerente com os paradigmas democráticos.

De outra banda, não menos digno de nota é o *Princípio da Instrumentalidade*.

O princípio assinalado traduz-se na máxima de flexibilização das formalidades do processo.

De certo, o processo é um instrumento formal, regido por normas que determinam a realização de determinados atos e a observância de algumas posturas.

No entanto, tem-se defendido a possibilidade de diminuição dessa inflexibilidade tradicional do processo, levando-se em consideração a sua própria condição de instrumento, cuja natureza é de meio, e não de fim em si mesmo.

Portanto, considerando a natureza instrumental do processo, alcançados seus escopos sociais e políticos, teremos de admitir a relativização de algumas exigências meramente formais; neste caso o conteúdo sobrepõe-se à forma, preservando-se o Direito material em detrimento da mera formalidade.

No que se refere à atuação do Magistrado diante do plano de recuperação judicial, também deverá haver incidência do *Princípio da efetividade*.

Esse representa o reconhecimento da supremacia do interesse social no processo.

Diferentemente de outros tempos, em que se considerava o processo como de interesse íntimo das partes, o atual processo passa a assumir caráter notadamente público, como objetivo eminentemente social, especialmente pelo fato de que a própria Jurisdição deixa de ter valores individualistas e passa a ser instrumento de interesse social. É justamente neste ponto que se radica o segundo elemento do escopo do processo, a aplicação da justiça social.

Insistimos que o Magistrado deverá assumir um protagonismo republicano e democrático quando da sua atuação na recuperação judicial. Neste caso, a estima pelas orientações deontológicas veiculadas pelo princípio da efetividade será valiosa contribuição para tal mister.

Há que se assinalar, ainda, por sua relevância, alguns pontos sobre os *Princípios do Livre Convencimento, da Motivação e da Persuasão Racional do Magistrado.*

De início, importa consignar que, como membro do Poder Judiciário e locutor direto da Jurisdição, o Magistrado deve justificar a sua atuação para aqueles que se submetem ao seu juízo.

Como o Juiz é representante do próprio Estado, e esse é constituído e investido do poder soberano do povo, do qual decorre a Jurisdição, ao exercer este poder (que é do povo) cumpre ao Magistrado justificá-lo, demonstrando de que forma, quais os critérios, e em que medida, se baseou para solucionar o conflito.

E mais, deve deixar claro se agiu dentro dos limites, balizas, e amplitudes, dos poderes que a ele foram conferidos.

Tal postura revela-se como um verdadeiro instrumento de garantia da democracia, assegurando-se a todos que se submetem à Jurisdição, o conhecimento de sua operação.

Assim, ao dirimir o conflito, o Magistrado deve não só aplicar a norma legal, mas também atentar-se aos fatos que compõem a demanda e, principalmente, aos valores que habitam a sociedade no momento histórico que a decisão for proferida.

O destaque se dá para a atenção a esse último elemento do Direito, pois os valores da sociedade são na verdade os espíritos que devem habitar a lei. Essa, ainda que legal, para que seja aplicável ao caso concreto deve ser legítima, no sentido de refletir os valores do povo.

Coadunando-se plenamente com esse entendimento, impõe o artigo 5º da LICC que o Juiz, ao aplicar concretamente a lei, deverá levar em consideração o bem comum e os fins sociais, além de motivar e fundamentar sua decisão[116].

Ainda que não fosse expressamente prevista, a obrigatoriedade da investigação axiológica é imperiosa, face ao caráter publicístico do processo e aos princípios maiores que o orientam.

Desse modo, a tensão que se instala entre o arbítrio e a discricionariedade, ou seja, entre a condição subjetiva humana do julgador, imbuída dos mais variados sentimentos e valores, e o efetivo exercício da Jurisdição, deverá ser afrouxada com uma fundamentação clara e pormenorizada do Juiz.

[116] Embora relacionadas ao Direito Penal, são lúcidas as seguintes ponderações de Ferri. "(...) assim é que, o delito passional, mesmo quando a paixão tenha chegado à aberração, a ponto de repugnar a quem, do exterior, olha para as ondas do seu oceano tempestuoso, deve ser julgado, não, decerto, com paixão da parte do Juiz, mas da harmonia com a paixão que impeliu o que está a ser julgado." FERRI, Enrico. **Discursos forenses (defesas penais)**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 21.

Com o objetivo de orientar e auxiliar essa tarefa há outros princípios, dignos de nota.

O primeiro deles é o *Princípio do Livre Convencimento*.

O Princípio se refere à liberdade do Magistrado na formação do convencimento sobre a prova constante dos autos, interpretando-a e valorando-a, da forma que melhor entender.

Essa liberdade interpretativa aplica-se tanto à produção da prova, no sentido de que o Juiz terá liberdade para requerer de ofício, aceitar ou rejeitar a produção de determinado elemento de convicção, quanto à sua valoração, imprimindo-lhe maior ou menor relevância axiológica[117].

Em evidente contraposição ao livre convencimento está o sistema legal da prova. Segundo este sistema, a lei enumera taxativamente as provas e lhes atribui um valor objetivamente determinado, devendo o Juiz simplesmente aceitá-las. Tal sistema vigia nos tempos em que o processo era tido como mero instrumento de aplicação fria da lei, desconsiderando a sua característica publiscística e seu escopo de pacificar com justiça.

O sistema da prova legal não é mais aceito nos modernos sistemas processuais, em que o Juiz tem um papel de significativa relevância na manutenção da democracia[118] e na pacificação social por meio da condução correta do processo e da aplicação de normas com acentuada carga axiológica.

---

[117] Nesse último aspecto, o conteúdo do artigo 436, do CPC, serve de ilustração. Afinal, o dispositivo prevê que o Juiz não estará vinculado ao parecer pericial, podendo convencer-se de forma contrária à conclusão técnica, obviamente que fundamentando o seu entendimento. O mesmo se diga da confissão, pois se tratando de direito indisponível, o Juiz poderá até mesmo desconsiderá-la. No mesmo sentido, o artigo 131 do CPC dispõe que o Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstância que dos autos constem, ainda que não alegado pelas partes, devendo demonstrar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. O conteúdo do artigo demonstra a perfeita harmonia do princípio em questão como a necessidade da adstrição do Juiz aos pedidos e aos fatos submetidos a julgamento, assim como ao Princípio da Comunhão da Prova, o qual considera que a prova não pertence às partes, mas sim ao processo.

[118] De acordo com Ferrajoli, a propósito, "(...) a democracia é fruto de uma constante tensão ente poder político-representativo, que se identifica com o Estado, e poder social-direto, que se identifica com o exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição. Entendidas neste sentido, 'democracia representativa' e 'democracia direta' não constituem dois modelos alternativos de democracia, mas são, ao invés, uma o sustento da outra. Na ausência de democracia direta, a democracia representativa pode valer-se apenas de um consenso vazio e passivo, além do que exposta a todas as possíveis aventuras e perversões. Na ausência de democracia representativa, a democracia direta é destinada a voltar-se sobre si mesma, reproduzindo no seu interior as formas de representação e sucumbindo no longo prazo por defeito das garantias jurídicas e políticas (...)." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, p. 757.

Estivesse o Juiz plenamente vinculado ao texto legal, obrigado a aplicar à prova o valor que a lei lhe atribui, não seria necessário que a atividade jurisdicional fosse realizada por um ser humano dotado de razão; bastaria uma máquina insensível à realidade social que a circunda para realizar a tarefa de mera aplicadora de normas.

Com efeito, a prova legal projeta um regime de supressão da liberdade e do interesse do povo, promovendo um abismo entre a sua legítima vontade[119] e os comandos frios da lei; esta, quando já não fora editada para prestigiar interesses minoritários, em detrimento da coletividade, muitas vezes já se revela anacrônica em relação aos fatos que pretende reger.

Naturalmente, a norma jurídica imbuída de características estáticas nunca será capaz de acompanhar a evolução dinâmica da sociedade e, em que pese entenda-se o Direito como um conjunto de normas que visa regular uma determinada sociedade, esse nunca será capaz de regulá-la por completo, fazendo-se necessário a instituição de outros mecanismos e instrumentos, dotados da necessária velocidade para alcançar a realidade social.

Todavia, embora o Magistrado seja livre para formar seu convencimento, esta liberdade encontrará limites na racionalidade e necessidade da motivação[120].

Daí, a necessidade de atentar-se para o *Princípio da Motivação*[121].

Consagrado na Própria Constituição Federal, em seu artigo 94, inciso IX, o Princípio da Motivação constitui verdadeira garantia do povo e do próprio Estado

---

[119] Para Schopenhauer, "(...) uma vontade livre (...) seria a vontade que não fosse determinada por razão alguma, digamos por "nada", dado que qualquer coisa que determina outra ou é uma razão ou uma causa". SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre-arbítrio**. Tradução Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2012, p. 30.

[120] Com relação aos limites, até mesmo para a formação do convencimento do magistrado, é relevante lembrar que "(...) nada existe sob a luz do firmamento que não esteja ligado à terra, ao mar, ao ar, e por eles limitado (...) não há nada sob a vista do céu que não se mova num limite restrito." SHAKESPEARE, William. **A comédia dos erros**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 27.

[121] Justamente para evitar os excessos. Aliás, os excessos cometidos no exercício da atividade jurisdicional foram tratados com genialidade na obra de Shakespeare: "Ato I – Cena II. Claudio, sobre Ângelo, o novo juiz: e novo representante do Duque, seja porque lhe subiu à cabeça a novidade da posição que recém ocupa, seja porque a maquina do Estado é um cavalo e as rédeas estão nas mãos de quem governa, ele, agora na sela, para que a montaria saiba que ele sabe comandar, mal subiu, há lhe fina as esporas. Se a tirania esta no próprio acento, ou na eminencia que toma assento, não sei. Mas esse novo governante aplica em mim todas as penalidades arroladas que estavam (tal qual armadura enferrujada) suspensas na parede havia tanto tempo que dezenove voltas completas do zodíaco já se passaram sem que nenhuma delas fosse posta em prática. E agora, para fazer um nome, ele me enquadra no negligenciado e adormecido Ato Legal. Só mesmo para fazer um nome." Idem, 2012, p. 31.

Democrático de Direito, no sentido de permitir o conhecimento absoluto dos motivos que levaram o Juiz à determinada conclusão.

Em sede infraconstitucional, o princípio é esboçado no artigo 131 do CPC, o qual exige que o Juiz indique na sentença os motivos que lhe formaram a convicção[122].

Por este princípio, reconhecemos que o Juiz deverá, após convencer-se livremente sobre a prova dos autos, demonstrar como chegou a esse convencimento, fundamentando-o[123].

Pelo ângulo político, através da motivação é permitido analisar o grau de imparcialidade, de discricionariedade, a coerência lógica, a proporcionalidade, a razoabilidade e, acima de tudo, a justiça do julgamento[124].

Além disso, do ponto de vista linguístico, considerando que a decisão é o principal veículo de comunicação entre o Poder Judiciário e o povo, essa deve ser transcrita de forma clara e transparente, para que o entendimento do Juiz exteriorize-se e seja compreendido sem dificuldades.

Assim, preservado o rigor técnico, deve o Juiz também primar pela clareza da linguagem, assumindo o verdadeiro papel de interlocutor do Direito e evitando ruídos, distorções ou mesmo interrupções comunicativas.

Contudo, há que ser feita uma ponderação em relação ao Princípio da Motivação.

Nem mesmo o Juiz, na condição de ser humano, carregado de subjetivismos, poderá identificar em sua plenitude quais os motivos que o levaram à determinada decisão.

Igualmente a todos os demais seres humanos, o Juiz, ainda que inconscientemente, age com seletividade, no sentido de se identificar mais

---

[122] Acrescente-se que, como expressão do exercício da Jurisdição, o Princípio deve ser interpretado de forma transcendente aos dispositivos legais que o preveem, de forma que o seu alcance não se limita às sentenças, nos termos do artigo 267 e 269 do CPC, mas a todos os atos carregados de carga jurisdicional. Assim, qualquer ato que ocorra no âmbito da relação processual, ante a natureza pública e indisponível do processo, deverá ser fundamentado.

[123] Oportuno notar que o legislador infraconstitucional, contrariando inclusive as orientações constitucionais, relativizou a aplicação do princípio em questão quando possibilitou fundamentação concisa em sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, prevista no artigo 469, in fine, do CPC, ou, ainda, no artigo 38 da Lei 9.099/95.

[124] As razões que levaram à decisão, uma vez expostas com clareza, logicidade e precisão, demonstrarão ao povo e, sobretudo, às partes, o caminho percorrido para se chegar àquela resolução. Ao povo garante-se que a sorte de suas demandas não dependerá do acaso ou do infortúnio, mas sim de um juízo balizado dentro dos ditames que refletem os seus valores. Acentuo que, ao projetar seu juízo cognitivo sobre a demanda que lhe foi posta, o Magistrado deverá explicitar quais as normas que se aplicam ao caso e se essas foram ou não aplicadas.

facilmente ou selecionar dentre muitos elementos aquele que para ele é mais relevante que os demais, imprimindo ou constituindo mais valor a determinado elemento em detrimento de outros, sem que com isso se torne imparcial.

Portanto, a motivação, ainda que pormenorizada e exaustiva, nunca será capaz de desvendar de forma absoluta os sentimentos e premissas que levaram o julgador a chegar a determinada decisão, pois quando se trata de investigar os móveis da percepção, os objetos são o que queremos que sejam, conforme a maior ou menor importância conferida a eles.

A despeito de tudo isso, ainda assim é necessário que o Juiz externe na sua fundamentação todos os sentimentos e percepções que o assaltaram quando analisou o caso concreto, apresentando até mesmo suas convicções filosóficas, ideológicas, éticas, morais, políticas etc.

O Magistrado deve demonstrar delimita e discriminadamente quais os fatos alcançados por sua decisão, devendo limitar-se aos fatos que as partes no exercício do seu Direito dispositivo submeteram ao juízo, demonstrando o valor que conferiu a cada uma das provas, justificando até mesmo porque desconsiderou alguma delas.

Assim, se a decisão estiver errada, poder-se-á facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho ocorreu o desvirtuamento do Magistrado; apenas pelo controle crítico da sentença, poderemos avaliar a justiça da decisão[125].

Em certa ocasião, o Prof. Alcides de Mendonça dizia que a decisão deve ser sempre motivada, ainda que viciosa, pois o erro conhecido é admissível pelas contingências humanas; porém, nem mesmo o acerto, se forem desconhecidos os motivos em que se fundou, deve prevalecer pelo perigo que a omissão pode representar quanto houver falha no julgamento.

Não resta dúvida, portanto, que atento ao princípio da motivação o Magistrado, sobretudo na formação da sua convicção durante o processamento da recuperação judicial, estará verdadeiramente exercendo o seu papel de interlocutor da justiça e de guardião do pleno, justo, e legítimo exercício da Jurisdição.

Reclama grifar, em complemento, o *Princípio da Persuasão Racional do Juiz*. Por este princípio temos a orientação de que o Magistrado deve, após motivar o seu

[125] A fundamentação da sentença é uma garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, nas palavras do mestre Piero Calamandrei como num “levantamento topográfico”, o itinerário percorrido pelo Juiz para alcançar a conclusão.

livre convencimento, persuadir os destinatários do poder estatal (as partes e o povo) da justeza e do acerto de sua decisão.

O Juiz demonstrará ao povo que agiu com acerto, e que os motivos selecionados coadunam-se com o justo, proporcionando, por conseguinte, maior conhecimento sobre a subjetividade do Magistrado[126].

A despeito de todo o exposto, defendemos nesta tese, não somente no processamento do plano de recuperação judicial, mas em toda operação jurisdicional, que o Magistrado deve demonstrar que a sua decisão se coaduna com o Direito e com os limites do exercício do poder jurisdicional a ele conferido[127].

Somente assim, no nosso sentir, haverá atuação jurisdicional adequada aos paradigmas republicanos e democráticos.

Conclusão

Neste capítulo tratamos da atividade jurisdicional do Estado.

Em princípio, tomando em conta a proximidade dos temas, discorremos sobre quatro categorias essenciais à adequada compreensão dos fenômenos jurídicos, quais sejam, a política, o poder, a legitimação e o Direito.

Em seguida, realçamos que o convívio em sociedade é resultante do caráter gregário do homem. Logo, notamos que todos os que vivem no seio social estarão, de algum modo, inseridos, também, num contexto político.

Naturalmente, como vimos, as estruturas politicamente organizadas mantêm-se pelo exercício do poder, nas suas diversas formas.

Nesse contexto, assinalamos que competirá ao direito, na sua concepção tridimensional, oferecer alguns recursos para o exercício do poder, no plano social.

---

[126] Da mesma forma que as partes procuram convencer o juízo da pertinência de suas pretensões, deve o Juiz convencê-las e persuadi-las de que o seu julgamento foi justo, e que os motivos que o levaram a julgar foram bem selecionados. A sentença, portanto, deve configurar-se em um silogismo, sendo que a premissa maior é a lei, carregada dos valores sociais, a premissa menor os fatos submetidos ao juízo pela parte, e a conclusão é a aplicação da lei ao caso concreto.

[127] De acordo com Sampaio: "(...) os poderes do juiz não se cingem àqueles já tantas vezes enunciados pela doutrina clássica (...), existe outro poder, decorrente da própria função atual do juiz, em face do novo sistema e do novo posicionamento que ocupa o processo no ordenamento jurídico. Esse poder, que a nosso ver não pode ser negado ao juiz, é o poder discricionário, cuja existência já fora vislumbrada tantas vezes por muitos estudiosos, mas também criticada por veemência por outros." SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 92.

Destacamos, inclusive, as nuances das operações deontológicas do Direito sobre os membros da sociedade, sobretudo sobre a incidência normativa sobre alguns fatos que merecem cuidados especiais do operador do Direito.

Em seguida, abordamos as questões referentes aos conflitos sociais, para, aproveitando-nos do ensejo, apresentar a atividade jurisdicional como instrumento de destaque na superação dos conflitos.

Por fim, apresentamos os princípios e garantias da Jurisdição e reforçamos a necessidade da sua adequada utilização pelo Magistrado, quando do enfrentamento das questões que envolvem a Recuperação Judicial.

Vencidas as ponderações sobre o exercício da atividade jurisdicional, bem como da orientação principiológica para a adequada atuação do Magistrado, seguiremos ao apreço de alguns temas e questões que envolvem a recuperação judicial.

CAPÍTULO II - RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Considerando o objeto desta tese[128], este capítulo dedica-se à Recuperação Judicial, além da análise crítica de algumas questões que despontam de seu contexto, sobretudo da empresa, como categoria econômica, das origens das crises econômicas, da crise empresarial, e os meios de superação, da intervenção do Estado na economia, sem prejuízo de discussões acerca do tratamento legislativo do controle jurisdicional do plano de recuperação judicial.

O estudo do fenômeno econômico desponta da importância da economia para a vida em sociedade, inclusive no aspecto jurídico.

Nesse sentido, inclusive, trataremos da influência da econômica na (con)formação da sociedade e do Estado, e discutiremos a posição do Estado diante das crises econômicas.

Ao ensejo deste mote, apresentaremos a empresa, como categoria econômica, dotada de função social e, logo, investigaremos a crise empresarial, bem como os instrumentos para a sua superação.

Como veremos, além do mais, dentre os diversos meios e recursos para superação da crise empresarial, realçaremos, de forma crítica, a Recuperação judicial, recurso legítimo e oportuno para a superação das crises.

Convém assinalarmos, em arremate, que, no decorrer deste capítulo, teremos em conta que, embora a recuperação judicial seja categoria jurídica[129], ela está bem próxima das pautas econômicas, além de tocar questões que ultrapassam as fronteiras do Direito[130].

---

[128] O controle jurisdicional do plano de recuperação judicial e a apresentação de paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado no exercício da jurisdição.

[129] Veremos que a recuperação judicial é um instrumento jurídico utilizável pelos empresários que se veem diante de uma crise. Aliás, conforme o disposto no artigo 47 da Lei 11.101/05, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor empresário, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

[130] Sem dúvida, "(...) fato econômico não se dá isoladamente, mas sim concrecionado com fatos sociológicos, psicológicos, históricos, políticos, jurídicos etc., o que obriga, portanto, examinar todos os outros elementos que nos fornecem essas ciências para que o axioma possa dar-se com o rigor desejado." SANTOS, Mário Ferreira dos. **Tratado de Economia**, v. 1. São Paulo: Logos, 1962, p. 27.

2.1 - Análise da empresa como categoria econômica

Uma vez que a recuperação judicial projeta-se, essencialmente, à superação das crises da empresa, apresentaremos breves discussões sobre os contornos e características da empresa, enquanto atividade econômica[131].

Para tanto, partiremos da teoria dos atos do comércio (código francês 1807 e código brasileiro de 1850)[132], passando pela "teoria da empresa" do código italiano (fascista) de 1942, até chegarmos à sua recepção pelo código civil de 2002.

De início, sobreleva notar que a expressão Direito comercial comporta múltiplos e indissociáveis sentidos[133], desdobrando-se em três vertentes, como assinalou a Prof .ª Paula A. Forgioni.

---

[131] Sobre a autorregulação do Comércio, consta do Anteprojeto do Código comercial que, "(...) em sua origem, na Idade Média, o direito comercial correspondia ao conjunto de normas elaboradas pelos próprios comerciantes para a regulação de sua atividade. Mesmo após o fim das corporações de ofício, com o fortalecimento do Estado Central e o monopólio do direito, que seguiram à Revolução Francesa, o direito comercial continuou a prestigiar as soluções jurídicas engendradas pelos próprios empresários (comerciantes), por meio do reconhecimento da eficácia das normas consuetudinárias (...). Com a globalização, os usos e costumes não podem ter mais o caráter difuso e local que os caracterizam. Por isto, pela crescente necessidade de positivação das regras não estatais que individualizam o direito comercial, os empresários têm, cada vez mais, se valido das normas de autorregulação. (...) Assim como reconhece, tradicionalmente, eficácia às normas consuetudinárias, o direito comercial não pode deixar de reconhecê-la também às de autorregulação (art. 4º, V) (...)."

[132] De acordo com Requião, o Direito Comercial "(...) aparelha o comércio para desempenhar a sua função econômica e social, unindo indivíduos e aproximando os povos, tornando-se elemento de paz e solidariedade, numa intensa ação civilizadora. Em seus fundamentos, portanto, vamos encontrar arraigada a ideia de troca. É o tráfico mercantil, expressão comum para designar a atividade comercial. Mas para vender a riqueza produzida é necessário transportá-la para algum lugar onde, não existindo ou sendo escassa, adquira maior utilidade, ou 'desejabilidade', como falam os economistas atuais (...). O conceito jurídico de comércio. Ocorre porem, que quando o direito se preocupa com as atividades do comercio, para tutelá-lo com regras jurídicas amplia por demais o seu conceito. Dai o conceito econômico não se ajustar nem coincidir com o seu conceito jurídico. Muitas atividades relacionadas com o conceito de circulação de riquezas escapam ao conceito jurídico de comércio, embora se compreendam ao conceito econômico." REQUIAO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 02/03.

[133] Segundo Rocco: "(...) por "direito comercial", entende-se em regra, só o "direito comercial privado", isto é, aquele complexo de normas que regulam as relações dos particulares entre si derivadas do comercio, e o direito comercial processual, quer dizer, as normas regulando a função jurisdicional do estado em matéria comercial. Ficam fora do direito comercial propriamente dito: o direito administrativo comercial; o direito financeiro comercial; o direito comercial penal; o direito comercial internacional." ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução Ricardo Rodrigres Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 06. De outro turno, Ascarelli acrescenta que: "Querendo-se quer acoplar (com a inegável genericidade própria de toda aproximação de categorias que pertencem a ordens diversas) o direito mercantil a uma categoria economia, não poderemos utilizar as categorias da economia descritiva, senão as da história econômica (...). O direito mercantil poderá ser posto em relação com a categoria (a sua vez histórica) do capitalismo, isto é, com a formação e o desenvolvimento de uma estrutura particular da economia baseada, por um lado (em contraste com as economias antigas), sobre trabalho livre, por outro, sobre o mercado e o crédito, com a propriedade privada dos instrumentos de produção, com a racionalização dos processos de produção e de intercambio, a despersonalização das relações econômicas, que por isso se fazem transmissíveis e que se consomem através de sua valorização abstrata na unidade de medida do

Num primeiro sentido, o Direito comercial deve ser tomado como ciência[134]. De outro lado, ele poderá ser considerado como nível do todo social, vale dizer, como uma dimensão da realidade. Finalmente, deve ser tomado como um conjunto de regras e de princípios que disciplinam a atividade mercantil[135].

Além do mais, devemos nos atentar para o fato de que o Direito comercial não está relacionado a toda a ordem jurídica do mercado[136], mas apenas a parte dela[137].

---

valor." ASCARELLI, Túlio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 121.

[134] Para Rocco "(...) o método na ciência do direito comercial (investigações de quatro ordens: estudo técnico e econômico das relações sociais reguladas pelo direito comercial; estudo histórico-comparativo do desenvolvimento das formas e institutos de direito comercial no tempo e no espaço; estudo exegético das normas do direito comercial positivo italiano; estudo sistemático dos princípios de direito comercial italiano, de sua coordenação com as normas e princípios gerais do direito civil e com os princípios gerais de todo o Direito positivo italiano)." ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução Ricardo Rodrigres Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 94.

[135] PAULA A. FORGIONI. **A evolução do direito comercial brasileiro**: Da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16; Citando o Prof. português Ferrer Correia, de Coimbra, Requião acentua que a correspondência entre o conceito de direito comercial e de comercio perdeu-se de há muito "(...) dificuldade não se resolve fazendo distinção entre o conceito econômico e o conceito jurídico de comércio, pois ao que se chama comércio neste último sentido não é senão ao conjunto de atividades, em determinado país e uma dada conjuntura histórica, se aplica o direito comercial desse país, e muitas dessas atividades não podem justamente definir como comerciais. Logo, a referida distinção é artificiosa". REQUIAO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 04.

[136] Conforme as lições de Celso Bastos, "(...) numa economia de mercado pura, é o próprio mercado que regula a atividade econômica, sem que haja qualquer intervenção por parte do Estado. Em termos absolutistas de economia pura, Estado nenhum se submeteria a esse modelo. Mas não existe o Estado de mercado puro, porque alguns pontos do sistema econômico são sempre retidos na mão do Estado, entre os quais a própria utilização de seu orçamento, a emissão de moeda etc. O que interessa é apartar bem esses mecanismos de grande abrangência, que dizem respeito ao todo econômico, em que o Estado atua legitimamente, das demais incursões que possa pretender, de caráter estritamente particularizado, e que jamais encontrarão respaldo constitucional. Aquela a que nos referimos em que sua atuação se mostra legítima, refere-se a um tipo de atividade da qual o Estado não pode abdicar. Nos momentos de grande demanda, procura ele esfriar o passo da economia, e nos momentos de crise, atua incentivando, instigando o mercado. Por isso que se tem o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica. Não é esse tipo de atividade que se põe em questão. Mas o caráter normativo não pode ser utilizado de molde a excluir a liberdade econômica. É de boa técnica interpretativa a integração dos princípios que aparentemente conflitam. Se a Constituição coloca o Estado na posição de agente regulador, nem por isso pretendeu implantar uma economia de cunho centralizado. Não permite esse entendimento nem a análise dos princípios consagrados expressamente, nem a análise sistemática do Texto." BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 358.

[137] Radbruch esclarecerá que "(...) cada negócio comercial é um elo de uma longa corrente de negócios de inúmeros outros comerciantes. Uma perturbação que nela ocorra poderá avançar por toda a corrente. Segurança do trânsito jurídico em face de tais perturbações de longo alcance é uma necessidade vital do comércio (...) os diversos negócios de um comerciante estão em relação indissolúvel com a totalidade de seus outros negócios (...) se, portanto, o direito comercial é praticamente direito autocriado, direito autônomo da classe comercial, é natural que se crie para a aplicação desse direito autônomo uma jurisprudência autônoma." RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 89-91.

Dessa forma, nem todas as normas que enformam a atuação dos agentes econômicos (i.e. dos entes que atuam no mercado) pertencem, necessariamente, ao campo do Direito comercial[138]; este não se projeta sobre toda a ordem jurídica do mercado, mas apenas às questões atinentes à organização e interação das atividades empresariais[139].

Por defendermos a limitação estatal da ordem jurídica do mercado, considerando que o Direito comercial é marcado por forte tradição liberal, reconhecemos que suas normas não são suficientes para o protagonismo constitucionalmente referenciado do Magistrado diante da recuperação judicial[140].

Justamente por isso, a despeito da operação normativa no plano do Direito empresarial, defenderemos a utilização de outros recursos cognitivos para a formação do livre convencimento motivado do juízo quando do enfrentamento das contingências emergentes do processamento da recuperação judicial.

Paula Forgione, por ocasião do enfrentamento dessa questão, assinala que assumindo esta perspectiva é de se concluir que o Direito comercial não pode ser reconhecido como mero servidor do mercado ou da racionalidade econômica. Sua missão não é a de simples abençoador do comportamento dos agentes, como se o mercado independesse de balizamentos. Assim como toda a ordem jurídica[141], esse direito, especialmente em sua dimensão exógena, aí está para subjugar os determinismos econômicos e concretizar políticas públicas – outras além do mero apoio ao desempenho das atividades econômicas privadas. Ademais, a função do Direito comercial ata-se, assim, à efetivação de políticas públicas; não se esgotou na

---

[138] Nesse contexto, ademais, "(...) a economia de mercado exige a constituição de regras de jogo similares para todos os atores econômicos, a fim de facilitar os intercâmbios. Estes espaços econômicos homogêneos tendem a ser cada vez maiores e superam as fronteiras políticas nacionais. Como podem compatibilizar esta necessidade da lógica econômica com recuperação da diversidade cultural e com o pluralismo jurídico, sem reduzir esses processos a simples aspectos folclóricos e marginais?" GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidade y derecho**. Santa fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 1993, p. 107.

[139] FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

[140] Ibid., p. 20.

[141] Como bem colocou Michelazzo, "(...) a lei deve ser obra da inteligência humana, tendendo para o bem geral. O grande dever do Estado consiste em manter a ordem jurídica, necessária ao equilíbrio social. A lei para atingir a sua finalidade há de ser aplicada humanamente. É necessário sentir como necessitado o anseio de sua necessidade. A função de aplicar o direito vive e revive em razão e em correspondência das necessidades humanas. As leis devem ser entendidas dentro no círculo das objetividades sociais. As leis, os textos, as normas, são fontes do direito; não constituem finalidade, porque são meios de atingir à finalidade, que reside na justiça." MICHELAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral**. 4ª ed. v. I. São Paulo: Lawbook, 2000, p. 585.

busca do incremento do tráfico, desdobrando-se também na determinação do papel que o mercado desempenhara na alocação dos recursos em sociedade[142].

Realizadas estas observações, com o propósito de um breve recuo histórico, cumpre destacar que o Direito comercial surge com a expansão marítima, formado por um conjunto normativo que buscava regular a relação estabelecida entre artesãos e mercadores, os quais se uniam em grupos fechados, denominados corporações de ofício.

Como estes sujeitos eram marginalizados na sociedade, e as leis, até então em vigor, não satisfaziam seus interesses, foram concebidas regras específicas para regular estas relações.

Esse primeiro momento do Direito comercial é conhecido como período subjetivo, tendo em vista que as normas comerciais eram destinadas apenas aos membros das corporações de ofício[143].

Em seguida, o Direito comercial passaria ao período objetivo, decorrente do liberalismo deflagrado nas Revoluções: Inglesa, de 1688, Norte-americana, de 1776, e Francesa, de 1789.

Por pressão da burguesia, defendia-se uma igualdade política, social, econômica e jurídica. Assim, diante das profundas modificações realizadas por essas revoluções, as normas de cunho subjetivo não mais se prestavam à regulamentação das relações comerciais.

---

[142] FORGIONI, op. cit., p. 22.

Sobre a interpretação do direito comercial, Rocco escreveu o seguinte: "Dos dois elementos que concorrem no processo de interpretação das leis, para determinar o conteúdo e o alcance exato da vontade geral declarada na norma – o elemento histórico e o elemento prático – sabido é que este último é o mais importante na interpretação do direito comercial (...) eis, pois, como as próprias exigências práticas da aplicação e da interpretação do direito reclamam, no campo do Direito comercial mais do que em qualquer outra parte, o emprego amplo e frequente do processo de generalização inerente à interpretação extensiva por analogia. O comercialista deve, assim, mediante recurso a um inteligente trabalho de indução, procurar elevar-se a conceitos e normas gerais, não só no campo do direito comercial propriamente dito, mas também no do direito civil, para poder chegar, por último, à determinação dos princípios mais gerais que são comuns a todo o sistema do direito (...) só por meio deste trabalho de indução e generalização é que lhe será possível regular, com normas extraídas do direito constituído, a infinita variedade de casos surgidos da sempre variada atividade comercial (...)." ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 179,187/188.

[143] Ao se debruçar sobre o tema, Ascarelli sustentou que: "(...) encontramos no direito mercantil as características que costumam citar-se como típicas do capitalismo: a preocupação com a tutela do crédito e da sua circulação; a despersonalização; a racionalização dos processos produtivos; a tutela da liberdade de iniciativa e por isso a possibilidade de contratos atípicos; a estandardização de contratos e atos; um retorno aos atos abstratos e com ele a um novo formalismo, apesar da tendência à liberdade geral de formas e provas; uma acentuação da desvinculação da disciplina jurídica de preocupações morais e suas tendências equitativas na contraposição de interesses; a internacionalização da disciplina etc." ASCARELLI, Túlio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 122.

É nesse cenário, então, que surgirá o Código de Comércio Francês, de 1808. Esse código estabelecia, previamente, e de forma expressa, todos os atos considerados comerciais.

Nesse caso, as normas reguladoras das atividades comerciais passariam a ser aplicadas não apenas aos integrantes das corporações de ofício, mas a todos que praticassem os atos de comércio, expressamente previstos na norma jurídica; só poder-se-ia considerar comerciante aquele que praticasse os atos de comércio previstos na lei.

Essa metodologia de aferição da atividade comercial, partindo-se de róis de atos comerciais, seria chamada 'teoria dos atos do comércio'.

O Código Comercial Brasileiro de 1850, inspirado no Código Francês de 1808, adotou a 'teoria dos atos do comércio'.

No entanto, embora o Código Comercial Brasileiro tenha definido comerciante como praticante de mercancia, não esclareceu o que seria mercancia.

Somente com o regulamento 737, de 1850, responsável pela regulamentação dos tribunais do comércio, seriam definidos os atos de mercancia - compra e venda ou troca de bens móveis ou semoventes, no atacado ou no varejo, para revenda ou aluguel, operações de câmbio, banco, corretagem, expedição, consignação e transporte de mercadorias; espetáculos públicos; indústria; seguros, fretamento e quaisquer contratos relacionados com o comércio marítimo, além da armação e expedição de navios.

No entanto, diante do grande avanço da tecnologia, associado ao incremento das complexidades socioeconômicas, a teoria dos atos do comércio revelar-se-ia insuficiente[144].

[144] A respeito dessas questões, Manfredo Araújo de Oliveira esclareceu que "(...) desde a mudança do paradigma científico e filosófico com a Revolução Copernicana do século XVI, o conhecimento humano passa a ser norteado pela concepção cartesiana e reducionista ao longo da modernidade. Ocorreu a substituição da razão emancipatória e contemplativa do ser (ligada às questões fundamentais da existência humana) pela razão fabricadora do aparecer. A elevação do finito (homem) à dignidade ontológica do absoluto promoveu a consagração dos Imperativos Categóricos, ou seja, princípios a-históricos com pretensão universalista que norteiam até hoje a civilização ocidental. As decorrências perniciosas desse paradigma são exemplificadas pelas catástrofes ambientais, pela ameaça nuclear, pelas disparidades econômicas e internacionais, pela violência urbana e pelo aumento do número de casos de câncer. A solução consistiria na adoção de um modelo neomoderno a partir da promoção da experiência da inanidade e do não sentido do humanismo antropocêntrico." OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Ética e economia**. São Paulo: Editora Ática, 1995, p. 29/36.

Percebeu-se que algumas atividades, como prestação de serviços, ou rurais, deixavam de ser contempladas pelas normas de Direito comercial, pelo mero fato de constar do rol de atos do comércio.

Para satisfazer as necessidades surgidas com a dinâmica da sociedade, mostrava-se essencial, portanto, a modificação do desenho regulador do Direito comercial[145].

Surge, então, na Itália, a teoria da empresa, abrindo caminho à terceira fase do Direito comercial[146].

A fase da teoria da empresa, contemplada no Código Civil italiano de 1942, deixa de conceituar o comércio com base nos atos expressamente previstos em lei, e passa compreender empresa como atividade de cunho econômico[147].

O Código Civil prevê expressamente, no artigo 966, que empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços[148].

---

[145] É certo que "(...) a era moderna abriu indubitavelmente novas portas à desonestidade no comércio. O avanço da ciência descobriu novos processos de fazer as coisas parecerem o que não são, e tornou possível muitas novas formas de adulteração. O produtor está agora muito distanciado do último consumidor e suas fraudes não recebem a punição pronta e severa que cai sobre a cabeça de quem, limitado a viver e morrer na aldeia natal, faça um papel desonesto com um dos seus vizinhos. As oportunidades para a velhacaria são por certo mais numerosas hoje do que antigamente, mas não há razão para pensar que o homem lance mão de maior proporção dessas oportunidades do que lançava. Ao contrário, os modernos métodos de comércio implicam em hábitos de confiança de um lado e o poder de resistir à tentação da desonestidade de outro, os quais não existem em povos atrasados." MARCHALL, Alfred. **Princípios de economia**: tratado introdutório. Tradução Rômulo Almeida et al. São Paulo: Nova cultura, 1996, p. 81.

[146] De fato, nessa fase, o Direito Comercial "(...) abrange praticamente a totalidade da atividade econômica organizada, com as exceções expressas na lei, tendo em vista os interesses específicos ali existentes. Isso significa dizer que, coroando o longo processo de "comercialização do Direito Privado", o novo Direito Comercial - que alguns advogam poder ser chamado de "Direito da Empresa" - somente deixa de abarcar sob sua tutela a atividade intelectual (literária, artística e científica) quando exercida na condição de seu único objeto. Também fica fora do Direito Comercial o empresário rural, na medida em que não fizer uma expressa opção para se enquadrar no conceito de empresário do art. 900 do NCC. Portanto, o Direito Comercial não desapareceu, mas ganhou contornos ainda mais amplos." VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 207. Segundo Ferreira: "Muito antes, defendera Inglez de Souza, na memória justificativa de seu projeto de código comercial, a tese ampliadora da falência aos não comerciantes, ao mesmo tempo porque o animava o pressuposto da unicidade do direito privado." FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. Quarto volume. **A falência**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 72.

[147] Logo, o conceito de empresa apresenta nova tendência regulatória da atividade comercial até então exercida. Note-se que nessa época o poder da Itália estava nas mãos de Benito Mussolini, ditador fascista. Além disso, instalava-se uma deflagrada rivalidade entre a burguesia e o proletariado, representado pelo Estado nacionalista fascista, que defendia o fim das classes sociais, notadamente pela doutrina marxista. Diante deste cenário, foi com o intuito de compor o conflito que Asquini, doutrinador italiano, apresentaria a teoria da empresa. Vencidas as tensões, a teoria da empresa prosperou na Itália, resistiu ao fascismo e alcançou o período de redemocratização italiana.

[148] Pondere-se, contudo, que no Brasil, algumas leis, mesmo antes do advento do novo Código Civil, já adotavam a teoria da empresa, como e.g. a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do

A partir dessa nova tendência, o Direito comercial deixa de cuidar somente das atividades comerciais expressamente previstas em um determinado ramo, e passa a regular uma maneira especializada de produzir e circular bens e serviços. Essa forma especializada de produção e circulação de bens é a empresa, atividade que reúne de forma organizada elementos como trabalho, capital, insumo e tecnologia (fatores de produção), para produzir, ou circular, produtos ou serviços com o escopo de auferir lucro.

Convém lembrarmos, ademais, que a empresa desempenha uma função social, tendo em vista que promove a circulação de bens e serviços, redistribui a renda, gera empregos, arrecada grande volume de tributos, contribui para o desenvolvimento tecnológico[149], além de outras perspectivas.

Naturalmente, essa atividade é indispensável à saúde econômica do Estado. Sem avançar para a disciplina de Direito Constitucional, basta voltar os olhos para a tutela constitucional da ordem econômica e social, para perceber que a República Federativa do Brasil adota um sistema capitalista temperado, com relevante apreço à livre iniciativa, livre concorrência, proteção ao consumo[150], prestígio à arrecadação tributária, dentre outros.

Consumidor, a Lei 8.245/98, lei de locações, dentre outras. No que refere à identificação do empresário, o Anteprojeto do Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional prevê o seguinte: "(...) com o mesmo desiderato de evitar critério que possa gerar dúvidas acerca da submissão de determinado sujeito de direito à legislação comercial, o Anteprojeto adota solução mista, segundo seja o empresário pessoa natural ou jurídica. No primeiro caso, prestigia o critério material, definindo empresário em função da exploração profissional de empresa (artigo 51, I); no segundo, aproxima-se do critério formal, definindo como empresária a sociedade que se revestir de qualquer um dos tipos referidos no próprio Código (artigo 51, II) (...) deste modo, para o Anteprojeto, qualquer que seja o objeto social ou a forma de o explorar, a sociedade estará sempre sujeita ao direito comercial, com as consequências decorrentes em relação ao registro, deveres, regime de insolvência e sua prevenção, etc. Mesmo a sociedade de profissão intelectual ou regulamentada, regida nos artigos 324 a 335, passa a submeter-se ao direito comercial, objetivando o Anteprojeto, com isto, eliminar as dúvidas e incertezas que, ao longo dos séculos, têm caracterizado, para martírio dos doutrinadores, registradores e magistrados, a discussão sobre os exatos limites da matéria comercial, na qualificação do seu principal sujeito de direito (...)."

[149] Realmente, "(...) desde o início do século passado todos os setores do conhecimento humano sofreram um grande surto desenvolvimentista. Novas áreas de pesquisa foram definidas e as já existentes aceleraram seus processos operacionais. Paralelamente a estes fatos a sociedade passou a enfrentar problemas de adaptação a uma nova realidade. Um destes problemas é o do acúmulo e manipulação de toda a informação gerada, e a ser alterada, à medida que novas conclusões eram obtidas." GOLDSTEIN, Jayme. Sobre a Informação Jurídica. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974, p. 78.

[150] Naturalmente, "(...) a função de consumir se materializa por um ato qualquer que destrua ou dê fim à vida econômica do bem, seja ele material ou não; a formalidade jurídica que reveste o ato a material de consumo não importa; a definição de consumidor em direito deve permanecer ampla e cobrir a generalidade das formas que podem tomar as relações de consumo." BOURGOINGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor 2**, RT, São Paulo, s.d., p. 19. Além disso, o CDC assumiu a postura de diploma definidor da conduta empresarial

Além disso, a empresa[151] é exercida pelo empresário, pessoa física, chamado empresário individual, ou pessoa jurídica[152], denominada sociedade empresária ou EIRELI[153].

É o empresário[154], e não a empresa, portanto, quem executa a atividade empresarial, v.g. comprando, vendendo, alugando, pedindo recuperação judicial, falindo etc.

Percebe-se, através da definição, que o conceito de empresário não se confunde com o conceito de empresa, pois, enquanto o primeiro é um sujeito,

---

desejada pela sociedade brasileira, à qual deve se submeter todos os ofertantes de produtos e de serviços à comunidade, por qualquer que seja o seu meio de atuação, se físico ou virtual, tomando-se em conta os altos objetivos visados e que desaguam na expansão nacional, bem como coerente, da economia como um todo (...) a segurança e a confiança do mercado no comércio eletrônico se solidificam a partir da proteção efetiva do consumidor pelo Estado." BITTAR, Carlos Alberto. O advento do Código de Defesa do Consumidor e seu regime básico. **Revista de Direito do Consumidor 2**, RT, São Paulo, s.d., p. 145.

[151] Atividade profissional, realizada com habitualidade, subordinação de empregados, domínio de informações sobre os produtos e serviços, para reunião dos fatores de produção (trabalho, capital, tecnologia e insumo) voltados à produção e/ou circulação de produtos e/ou serviços, com o fim de lucro.

[152] Com efeito, "(...) a utilização ilícita ou fraudatória da personalidade jurídica não poderia jamais merecer a acolhida do direito, razão pela qual se desenvolveu na doutrina estrangeira a chamada Doctrine of disregard of legal entity – doutrina da desconsideração do ente legal ou da desconsideração da personalidade jurídica." MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro, Direito Societário**: Sociedades Simples e Empresárias, v. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 243.

[153] Acentuo a recente alteração promovida pela Lei nº 12.441, de 2011, que trouxe nova categoria pessoa jurídica e de empresário ao ordenamento jurídico, a EIRELI. Com efeito, o artigo 980-A prevê que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

[154] Como já dito, o empresário pode ser uma pessoa física, quando será denominado empresário individual, ou uma pessoa jurídica, quando será uma sociedade empresária ou EIRELI. Além disso, os sócios ou acionistas que compõem a sociedade empresária não são empresários, são sim empreendedores, quando oferecem capitais e trabalho, ou investidores, quando oferecem apenas capitais, através da subscrição de quotas ou ações. No que diz respeito ao empresário individual, anote-se que esse pode ser empresário mediante autorização judicial (alvará) para dar continuidade às atividades empresariais, nunca para iniciá-las. Nesse caso, o exercício da atividade dar-se-á por meio de representação ou assistência, no caso de a incapacidade ser absoluta ou relativa, respectivamente; é certo, todavia, que o Juiz poderá revogar essa autorização a qualquer tempo.

pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), a segunda é a atividade exercida pelo primeiro[155].

A despeito do exposto, percebemos que o critério para aferição da condição de empresário é meramente analítico[156], vale dizer, basta analisar o suporte fático e questionar se o sujeito realiza ou não a empresa. Se a resposta for positiva, aquele que exerce a empresa será empresário, ainda que não registrado no órgão competente para o registro[157].

Convém destacar, neste ponto, que algumas atividades exercidas por uma pessoa jurídica, dependendo da forma em que são exercidas, podem ser consideradas de natureza civil ou empresarial[158].

Assim, as atividades profissionais intelectuais, como as de natureza científica, literária, artística, previstas no artigo 966, parágrafo único do CC, que em regra são consideradas de natureza cível, podem eventualmente ser consideradas de natureza empresarial, se forem aplicadas como elementos da empresa[159].

---

[155] Além dos empregados ordinários, o empresário (empresário individual ou sociedade empresária) é composto por outras pessoas, como os prepostos, gerentes, contabilistas etc. Os prepostos são empregados ou funcionários terceirizados para prestar serviços, cujas atividades estão reguladas nos artigos 1669 e seguintes do CC. Não são sócios, mas seus atos vinculam o empresário nos limites dos poderes que lhes forem outorgados. Se o preposto age com culpa a responsabilidade perante terceiro é exclusiva do empresário, se age com dolo, a responsabilidade passa a ser solidária. Os gerentes, por sua vez, exercem uma atividade de chefia nos limites do estabelecimento, podendo, inclusive, das ordens aos empregados a ele subordinados. É certo que a implementação do cargo de gerente é uma faculdade do empresário. Já a existência do contabilista, ou contador como é conhecido, é indispensável, nos termos do artigo 1182 do CC, tendo em vista ser o responsável pela escrituração dos livros do empresário.

[156] Se o critério fosse, em regra, formal, só seria empresário o sujeito que tivesse registro na Junta Comercial, o que não se passa no nosso atual sistema jurídico. Assim, é possível que um dado sujeito seja reconhecidamente empresário, independentemente de ter registro na Junta Comercial.

[157] Não é considerado empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, exceto se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. De outro passo, o empresário deve, obrigatoriamente, inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Contudo, ainda que não efetue seu registro, o sujeito poderá ser empresário, desde que exerça a atividade econômica.

[158] Sem dúvida, "(...) muito se tem discutido acerca da conveniência de submeter o instituto falimentar aos não comerciantes, mesmo no Brasil. Quanto da elaboração do código civil entro o problema no debate na comissão especial da câmara do depurados. Insinuara-se ele no projeto Coelho Rodrigues, com o nome de insolvência, a decretar-se a pedido do próprio devedor ou dos seus credores, evitável pela cessão de bens, e sujeitando o insolvente, como o prodigo ao regime de incapacidade, privado de administrar os seus bens sem assistência de curador. Partindo do principio de responder todos os bens do devedor por suas dividas, aceitou Clovis Bevilaqua a insolvência, no seu projeto, como 'fecho natural do direito das obrigações', embora assaz modificada. Capitula a matéria nos artigos 1848 e 1897 do projeto primitivo sob o titulo de insolvência do devedor e concurso de credores (...)" FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. Quarto volume. **A falência**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 71.

[159] Para ilustrar, imaginemos um médico que exerce suas atividades em um pequeno consultório, com uma secretária e uma assistente. Nesse caso, está claro que a sua atividade não é economicamente organizada para auferir lucro, pois o objetivo principal é o mister da sua profissão. Por outro lado,

O mesmo se diga das atividades rurais, previstas no artigo 971 do CC, as quais podem ser exploradas tanto por uma agroindústria, de caráter empresarial, quanto por uma pequena propriedade agrícola familiar, de caráter eminentemente cível[160].

Pelo que vimos, em síntese, somente a análise do caso concreto nos permitirá avaliar se há ou não exercício da atividade empresarial.

Sem prejuízo do exposto, interessa ao nosso propósito assinalarmos que somente o empresário, inserido nos contornos deixados acima, poderá pretender a recuperação judicial.

Deixados estes esclarecimentos, cumpre-nos fazermos breves apontamentos sobre a questão da codificação do Direito comercial, principalmente pela grande discussão que envolve o tema na atualidade.

Inicialmente, com relação às codificações, numa perspectiva geral, uma das evidências mais marcantes dessa perspectiva racional, já denunciada por Tocqueville, é a prevalência da lei formal, em detrimento dos costumes, e o aspecto burocrático do Estado[161].

Da parte das codificações, atualmente despontam inflamadas discussões sobre a retomada do modelo legislativo codificado.

No Congresso Nacional tramitam quatro projetos legislativos que retomam o modelo codificado, em temas de fundamental relevância para a nossa sociedade. Além do Código Penal, e do Código de Processo Penal, também o Código de Processo Civil, e o Código Comercial, estão em discussão no âmbito legislativo.

---

imaginemos que esse mesmo médico alugue um prédio, contrate mais 10 médicos, diversas secretárias, e outros funcionários, adotando métodos e procedimentos padronizados de atuação. Nesse caso, está evidente o caráter empresarial da atividade, tendo em vista que os eventuais pacientes que procurarem essa clínica não procurarão somente o médico que a organizou, em busca da sua atividade médica individual, mas sim a estrutura que foi montada para prestar serviços médicos em geral.

[160] Outra questão de destaque está nas sociedades anônimas e cooperativas. A primeira será sempre considerada como sendo praticante de atividade empresarial, independentemente da atividade que explore, enquanto que a segunda será sempre considerada praticante de atividade de caráter cível, independentemente do ramo de atuação. Já os que exercem atividades agrícolas, em regra, não são empresários. Porém, caso optem pelo registro na Junta Comercial, passarão a gozar de tal condição.

[161] Aliás, algumas codificações, como a prussiana, foram utilizadas para a manutenção do modelo absolutista de Estado. E, como sabemos, a polarização do poder absolutista foi fator determinante para a inflação da atuação do Estado nas questões sociais, além da formatação do arquétipo burocrático.

Recortando a questão formal, deixando de lado as polêmicas essencialmente normativas, entre todos, é o Código Comercial que demanda maiores debates[162].

É importante destacarmos que os trabalhos da Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de Código Comercial, no âmbito do Senado Federal foram desenvolvidos em cinco eixos principais[163]: (i) ampliação da segurança jurídica, com a disciplina, por meio de princípios e regras próprias do direito comercial, do negócio jurídico empresarial, contratos empresariais, proteção das redes negociais (como o agronegócio, por exemplo); (ii) modernização da legislação empresarial, mediante a previsão legislativa de instrumentos contemporâneos da gestão das empresas, como, por exemplo, a documentação eletrônica, os atos societários eletrônicos, os títulos de crédito em suporte eletrônico; (iii) fortalecimento das normas consuetudinárias e de autorregulação, objetivo que corresponde a mais peculiar tradição do direito comercial, de prestigiar as soluções construídas pelos próprios empresários; (iv) simplificação e desburocratização da vida empresarial, com a eliminação de exigências anacrônicas ou despropositadas, de que são exemplos a revisão das regras sobre sociedades limitadas, a supressão de tipos societários em desuso, a superação da distinção entre sociedades regidas pelo direito civil e pelo direito comercial; e (v) melhoria do ambiente de negócios no Brasil, por meio de alterações legislativas que visam incorporar leis-modelos da UNCITRAL (documento eletrônico e falência transnacional), aproximação com convenções internacionais de que somos signatários (compra e venda mercantil) e adoção de institutos com os quais os investidores estrangeiros estão familiarizados (sociedade limitada unipessoal, exame prévio de testemunhas, superação de

[162] O Anteprojeto do Código Comercial divide-se em três Partes: Geral, Especial e Complementar. A Parte Geral está dividida em quatro livros: das normas do direito comercial; da pessoa do empresário; dos bens e da atividade do empresário; dos bens e da atividade do empresário; e dos fatos jurídicos empresariais. A Parte Especial compreende cinco livros: das sociedades; das obrigações, contratos e títulos de crédito; do agronegócio; do direito comercial marítimo; e do processo empresarial. A Parte Complementar abriga as disposições finais e transitórias.

[163] Os juristas componentes da comissão para elaboração de anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal são os seguintes: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Arnoldo Wald, Bruno Dantas, Cleantho de Moura Rizzo Neto, Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho, Daniel Beltrão de Rossiter Correia, Eduardo Montenegro Serur, Fábio Ulhoa Coelho, Felipe Lückmann Fabro, Jairo Saddi, Marcelo Guedes Nunes, Márcio Souza Guimarães, Newton de Lucca, Osmar Brina Corrêa Lima, Paulo de Moraes Penalva Santos, Ricardo Lupion Garcia, Tiago Asfor Rocha Lima e Uinie Caminha. Empossados no dia 7 de maio de 2013, os membros da Comissão foram distribuídos em 3 subcomissões transversais (Indicadores e Estatística; Simplificação e racionalização da empresa; âmbito do Código) e em 5 temáticas (Empresa e Estabelecimento; Sociedades; Obrigações, contratos e títulos de crédito; crise da empresa; processo empresarial). Realizaram 10 reuniões da Comissão completa (chamadas internamente de plenária), além de 15 reuniões das diversas sub-comissões, em Brasília e em outras cidades brasileiras.

impasse, contratualidade dos procedimentos judiciais, agilidade na responsabilização judicial de administradores etc)[164].

Além destes eixos principais, a Comissão de Juristas cuidou da atualização da legislação empresarial brasileira em diversos aspectos, dos quais se destacam o comércio eletrônico empresarial (plataformas B2B)[165], a coibição ao parasitismo, redução dos prazos de prescrição, repressão ao registro de sociedades fraudulentas, duplicata mercantil e de prestação de serviços, exercício da empresa em regime fiduciário, desconsideração da personalidade jurídica de sociedades, liquidação da quota em razão de falecimento, expulsão ou retirada de sócio, apuração de haveres, responsabilidade civil do empresário, agronegócio, direito comercial marítimo e processo empresarial. Além disso, introduziu-se a disciplina jurídica de contratos que, malgrado sua grande importância para a economia, eram desconhecidos da lei, como o contrato fiduciário (trust), logística, distribuição, fomento mercantil (factoring) e shopping center[166].

---

[164] Segundo a comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto do Código Comercial, no âmbito do Senado Federal, "(...) a legislação empresarial brasileira reclama urgente modernização, como medida destinada a melhorar o ambiente de negócios, atrair investimentos, reduzir custos, ampliar a competitividade e baratear os preços dos produtos e serviços. Por isto, no Anteprojeto de Código Comercial, todos os temas de direito comercial foram examinados e repensados, com o objetivo de ajustar a disciplina jurídica em vigor às necessidades da dinâmica economia brasileira da atualidade. Sempre que identificada uma exigência burocrática desnecessária, propôs-se sua eliminação; encontrada uma norma anacrônica, vencida pelo tempo, projetou-se sua atualização; revelada uma lacuna, preencheu-se com a regra adequada (...)."

[165] De acordo com o Anteprojeto do Código Comercial, "(...) cresce acentuadamente a utilização da rede mundial de computadores (internet) na negociação e celebração de contratos empresariais (...) as plataformas B2B (business to business) abrigam, hoje, significativo volume de transações relacionadas ao fornecimento de mercadorias, insumos e serviços (...) o canal de vendas representado pelo comércio eletrônico empresarial, malgrado sua importância, não é, ainda, disciplinado na lei brasileira. O Anteprojeto propõe suprir esta lacuna, regulando as obrigações e deveres que o empresário passa a ter quando emprega a internet na negociação e celebração de contratos com outros empresários. Torna, assim, obrigatória a publicação, no sítio acessível pela rede mundial de computadores, da política de privacidade e dos termos de uso; protege o nome de domínio contra práticas parasitárias e difamatórias; e prevê a caducidade do direito de exclusividade por desuso prolongado (...) por ser estranho ao âmbito do Código Comercial, o Anteprojeto não cuida do comércio eletrônico com os consumidores (...)." Lembramos que atualmente são discutidos no Congresso Nacional os novos marcos regulatórios da internet no Brasil. O projeto de lei nº 5.403/01, do SF, inclusive, dispõe sobre o acesso a informações da internet. No mesmo sentido é o PL nº 2.216/2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil.

[166] Sobre a questão dos novos tipos contratuais, consta do Anteprojeto do Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional, que "(...) a dinâmica dos negócios empresariais, todos sabem, gera cotidianamente novos contratos, que, atendendo às demandas da economia, alastram-se com celeridade. Não é objetivo do Anteprojeto tipificar todos os contratos empresariais, que seria uma exageradamente ambiciosa e irrefreavelmente vã pretensão. Mas, considera oportuno, disciplinar alguns dos modelos contratuais que estão já consolidados: o fornecimento de mercadorias (arts. 447 e 448), a venda direta (arts. 504 a 506), o de logística (arts. 507 a 527), a joint venture, denominada de investimento conjunto (arts. 537 a 539), o trust, chamado de contrato fiduciário (arts. 540 a 553), o factoring, referido como fomento comercial (arts. 554 a 560), o shopping center (arts. 561 a 564), a

Se de um lado juristas defendem a conformação das normas empresariais num único diploma legal, sob o argumento que teríamos, com isto, maior racionalidade sistêmica, além de promovermos a atualização da matéria (atualmente tratada por algumas leis do século XIX), de outro lado, alguns estudiosos resistem severamente à configuração codificada da matéria empresarial.

Os argumentos contrários, mais contundentes, radicam-se na desnecessidade de regular um ramo já amadurecido do Direito que, por seu turno, também é extremamente mutável e veloz.

Portanto, dizem os defensores do modelo não codificado: aqueles que exercem atividades comerciais e empresariais são sujeitos experimentados, já que não precisam de orientações normativas para a condução de seus negócios. Além disso, como as práticas comerciais são universais, e altamente flutuantes, o tratamento codificado enrijeceria a sua fluência.

Em nosso juízo, o conflito carece do tempero das paixões.

Embora reconheçamos que o esgotamento disciplinar pela codificação seja, de fato, um retrocesso, pensamos que seria valioso se tivéssemos um tratamento codificado, ao menos no que se restringe às normas diretivas[167].

A oferta de uma estrutura normativa generalizante, marcadamente principiológica, seria deveras salutar para a adequada condução da atividade empresarial, bem como ao enfrentamento dos problemas jurídicos decorrentes.

Neste mister, a atenção deve repousar, principalmente, sobre a porosidade e abertura semântica das normas codificadas.

O código comercial, portanto, além de principiológico, deveria conter normas suscetíveis à adaptação evolutiva, historicamente situada, e axiologicamente congruente ao tempo de sua evocação[168].

---

integração agroindustrial (arts. 693 a 700), o transporte de cargas em volume (COA) (arts. 841 e 842) e o reboque de embarcação (arts. 843 a 847) (...)."

[167] Segundo o Anteprojeto do Código Comercial, aliás, "(...) a enunciação, na ordem positivada, dos princípios do direito comercial apresenta-se, assim, como uma medida necessária ao aumento da segurança jurídica. Se a argumentação tem sido, em todas as áreas do direito, centradas nos princípios, o direito comercial não pode procurar assentar-se em racionalidade distinta, entendida como anacrônica, que deixe de contextualizar cada regra em argumentos mais amplos, fundados em preceitos principiológicos. Esta outra racionalidade, vista como anacrônica, tem implicado a lamentável ineficácia de várias regras importantes do direito comercial, como, por exemplo, a da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade limitada (...)."

[168] A propósito, consta do Anteprojeto do Código Comercial que, "(...) a forma pela qual os princípios jurídicos são compreendidos, no direito brasileiro, alterou-se desde o início do século passado até os dias de hoje. De "cultura jurídica humana", "natureza das coisas", "pressupostos científicos da ordem jurídica"– expressões de que se valia a doutrina antigamente na tentativa de conceituá-los –, os

Apenas por um perfil, maleável e temperado, poderemos promover, a partir de uma perspectiva deontologicamente codificada, avanços positivos na disciplina comercialista[169].

Com relação ao tema, acrescente-se, ainda, que o projeto de Código Comercial prevê que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise da empresa[170], a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da atividade empresarial, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Para disciplinar a crise da empresa, o projeto apresenta, inclusive, um *elenco de princípios* que deveriam orientar o operador do Direito neste campo[171].

O primeiro princípio apresentado pelo mencionado projeto é o *Princípio da Inerência do Risco* a qualquer atividade empresarial.

Nesse caso, o operador do Direito, no âmbito da recuperação judicial, deveria ter consciência de que toda e qualquer atividade empresarial implica risco. Note-se

---

princípios passam a ser vistos como "enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas", no dizer de nosso grande filósofo do direito, MIGUEL REALE, em outros termos, como espécie de "norma jurídica" (...) os princípios, hoje, no direito brasileiro, desfrutam de acentuada centralidade na argumentação jurídica. Ao contrário das regras, cuja aplicação obedece à lógica tudo-ou-nada, os princípios apresentam-se como comandos de otimização, aplicáveis na sua maior extensão possível (...) o direito comercial tem seus próprios princípios, que fundamentam axiologicamente as regras centrais deste ramo jurídico. Mas por razões várias, inclusive a revogação, desde 2002, da primeira parte do Código Comercial, não estão sendo prestigiados em diversas decisões judiciais, implicando graves riscos à segurança jurídica".

[169] A despeito dessas considerações, é relevante assinalarmos as advertências insertas no próprio anteprojeto do Código Comercial. Nesse sentido, "(...) é indispensável atentar-se para não alimentar o que já foi chamado de "farra principiológica", uma distorção na argumentação por princípios que desperta, até mesmo em profissionais de renome, confessado "temor aos juízes". Em vista disto, o Anteprojeto adota a seguinte sistemática: após enunciados, os princípios (comuns ou aplicáveis a ramos do direito comercial abrangidos pelo Anteprojeto) são delimitados. Com isto, circunscrevem-se os âmbitos de incidência das normas principiológicas, em seu amplo espectro, garantindo-se deste modo a segurança jurídica na argumentação por princípios no campo do direito comercial (...)" a expressão é de LUCIANO BENETTI TIMM, mencionada no contexto da discussão de um dispositivo hermenêutico, acerca de conflito entre princípios e regras (...).

[170] Sobre as crises da empresa como efeito da globalização, são relevantes as colocações do Cardeal Paul Poupard (ex-ministro da cultura do Papa João Paulo II). Para Paul Paupard, "o homem nunca poderá manter-se indiferente. Eu repudio tanto a balcanização quanto a globalização. Acredito que a técnica, assim como a língua do fabulista, pode ser a melhor ou a pior das coisas. Se fizer uma breve incursão no campo da economia, entendo que houve um momento em que parecia que somente as grandes empresas podiam sobreviver. Hoje, constato que durante a crise econômica, são as pequenas e médias empresas que têm os melhores resultados... Do antagonismo entre estes dois polos, a homogeneização e a particularização, incontornáveis, eles gerarão uma tensão criadora." BARLOEWEN, Constantin Von. **Livro dos saberes**: diálogos com os grandes intelectuais de nosso tempo. São Paulo: Novo Século, 2010, p. 341.

[171] Sobre os princípios fundamentais da recuperação de empresas, confira RESTIFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. Barueri: Manole, 2008, p. 2/9.

que ao adotar o princípio da inerência do risco a qualquer atividade empresarial, o projeto reconhece que a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular.

De outro turno, de acordo com o projeto, há que se levar em conta o *Princípio do Impacto Social da Crise da Empresa,* ou seja, há que se reconhecer que toda crise empresarial, por menor que seja, projetará seus efeitos por toda a sociedade.

É de se acentuar, também, que em razão do impacto social da crise da empresa, sua prevenção e solução serão destinadas não somente à proteção dos interesses do empresário, seus credores e empregados, mas também, quando necessário, à proteção dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial.

Em seguida, o projeto reclama a incidência do *Princípio da Transparência* nas medidas de prevenção e de solução da crise, naturalmente, preservadas as informações estratégicas, cuja divulgação pode comprometer a competitividade da empresa. Sobre esta questão, aliás, a assunção de posturas transparentes perante todo o mercado e aos próprios colaboradores da empresa é uma tendência acentuada nos dias hodiernos.

Além disso, para a prevenção e solução da crise, é fundamental assumir as orientações deontológicas emergentes do *Princípio do Tratamento Paritário* dos credores, não sendo admissível qualquer discriminação entre os de igual classe.

Com efeito, de acordo com o projeto, enquanto na falência, os credores serão classificados segundo a ordem legal de pagamentos, na recuperação judicial e extrajudicial, os credores serão classificados pelo plano de recuperação segundo a correspondente importância estratégica para a continuidade da atividade empresarial, observadas as especificidades da empresa em crise.

Vencidos os esclarecimentos basilares sobre a empresa e o empresário, avançaremos sobre as questões atinentes às crises econômicas e os meios de superação, destacando-se a recuperação judicial.

2.2- Crises econômicas

De início, pensamos que a compreensão do fenômeno econômico, a sua relação com o Estado e, consequentemente, com o Direito, é essencial para que o Magistrado possa desempenhar adequadamente sua atividade jurisdicional na recuperação judicial.

Além disso, como já assinalamos, a recuperação judicial busca a preservação da empresa[172], sua função social e o estímulo à atividade econômica[173].

Mas não só, a recuperação judicial também se destina à superação das crises empresariais.

Assim, antes de nos debruçarmos sobre as questões dogmáticas, estritamente relacionadas à recuperação judicial, lançaremos algumas ponderações sobre a economia, suas crises, e a intervenção do Estado na sua superação[174].

---

[172] Neste caso, poder-se-ia perguntar: Por que o Direito deveria se ocupar da crise da empresa? Qual o interesse em se tutelar juridicamente a crise da atividade empresarial? A resposta é peremptória, e exsurge sem vacilo: tutelar o interesse da própria sociedade, principalmente porque a empresa é atividade indispensável à saúde econômica do Estado, além de exercer função social. Neste último aspecto porque promove a circulação de bens e serviços, redistribui a renda, gera empregos, arrecada grande volume de tributos, contribui para o desenvolvimento tecnológico, além de outras perspectivas.

[173] Efetivamente, "(...) se tomarmos em conta a tutela constitucional da ordem econômica e social, perceberemos que a República Federativa do Brasil adota um sistema capitalista temperado, com relevante apreço à livre iniciativa, livre concorrência, proteção ao consumo, prestígio à arrecadação tributária, dentre outros. Everardo Moreira Lima esclarece que: "O artigo 170, V da CF ao prever que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar o princípio da livre concorrência, prevendo o seu parágrafo único a liberdade de comércio, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei." LIMA, Everardo Moreira. **Publicidade em Catálogos Telefônicos, Monopólio X Livre Concorrência**. Rio de Janeiro: Adcoas, 1997, p. 07.

[174] A questão do neocolonialismo sempre é colocada quando lançamos debates sobre este tema. De acordo com Celso de Mello, aliás, "(...) o neocolonialismo encontra ambiente muito propício para medrar em nosso meio cultural (...) por termos ainda uma mentalidade acentuadamente marcada pela subserviência ideológica, típica do subdesenvolvimento de país que persiste pagando um pesado tributo ao colonialismo... ante os recentíssimos (a edição é de 2009, mas a fala é atualíssima) acontecimentos internacionais reveladores da profunda crise econômica que pôs em xeque a concepção político-econômica presidente dos ventos neoliberais e que já parece clamar pelo retorno aos bons princípios do Estado de Providência e a uma ativa participação do Estado na vida econômico-social, resta apenas indagar como se comportarão, em suas análises de temas jurídicos, os que embarcaram com tanto entusiasmo nestas malogradas crenças. A nosso ver, desde sempre podia-se pressentir que não tinham bases reais, e muito menos científicas, e que eram apenas manifestações de ocasionais interesses propiciados por circunstâncias momentâneas, efêmeras, contrastantes com a constante linha progressiva da história." MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 1063.

2.2.1- As origens das crises: recursos econômicos, escassez e desejos

Com relação às crises econômicas, nesta tese, sugerimos que o desejo[175] irrefreável do ser humano é a principal fonte das crises políticas, éticas, jurídicas e, principalmente, econômicas[176].

Nota-se que o desejo inesgotável de alcançar justamente aquilo que não se tem é um sentimento amiúde presente no espírito dos homens, em seus mais remotos tempos de existência[177].

O homem hodierno vive uma desesperada luta para vencer o intransponível abismo existente entre aquilo que temos e aquilo que desejamos ter.

Aparentemente, nada é capaz de conter os rompantes apaixonados dos espíritos gananciosos. Alcançar o lucro, antes de tudo, ainda que para tanto transborde as raias do pudor e da piedade, a qualquer custo, por qualquer vida, nos parece, não seja obra deveras rara em nossos enredos econômicos.

Desde o florescimento da humanidade, a partir do surgimento dos primeiros hominídeos, há mais de dois milhões de anos, até nossos tempos, as questões econômicas, ao menos em essência, sempre estiveram presentes.

O homem precisa de recursos para sobreviver. No entanto, estes recursos nem sempre são ilimitados. Por exemplo, os recursos minerais, como a água, ou outros recursos vegetais ou animais[178].

---

[175] Destacamos, inclusive, que as questões relativas ao desejo humano ocuparam espaços entre os clássicos. Repare que, noto II – Cena III, Iago dirigindo-se a Otelo diz: "O pobre e satisfeito é rico, e rico o bastante. Riquezas ilimitadas, no entanto, são um inverno gélido par aquém teme empobrecer. Que os bons céus defendam do ciúme as almas de toda a minha tribo." SHAKESPEARE, William. **Otelo**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 86.

[176] A bem ver, "(...) é ilusão julgar que podemos alcançar uma sociedade humana sem crises. Já demonstramos em "Filosofia da crise" que aquela é inerente ao ser humano, que é um ser de crise, e que dela jamais se separará. Nunca chegaremos a essa sociedade ideal. Ela apenas nos está a exigir a aproximação constante. É uma promessa que ultrapassa as nossas forças, mas suficientemente forte para desafiar o nosso brio." SANTOS, Mário Ferreira dos. **Tratado de Economia**, v. 2. São Paulo: Logos, 1962, p. 206.

[177] Nesse ponto Karl Menger, destaca que: "Se é certo que a existência de necessidades humanas por atender constitui o pressuposto indispensável para que uma coisa seja um bem. Então está demonstrado o seguinte princípio: independente do nexo causal imediato com a satisfação de necessidades humanas ou do fato de se caracterizarem como bens simplesmente em virtude de um nexo causal mediato e indireto com o atendimento de tais necessidades, essas coisas perdem sua qualidade de bem no próprio momento em que desaparecem as necessidades específicas para cujo atendimento serviam até agora. Pois é claro que, juntamente com as respectivas necessidades, desaparece toda a base daquele nexo causal que, como vimos, faz com que a coisa seja um bem." MENGER, Carl. **Princípios de economia política**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 252.

[178] Assim, diante desta tensão entre abundância e escassez de recursos, o homem se lançará à sua organização, buscando garantir a disponibilidade desses recursos, conforme suas necessidades.

Logo, quando o homem necessita de uma quantidade não disponível de recursos, ou em outros termos, sempre que a demanda é maior que a oferta, caso não haja organização e planejamento, deflagra-se uma crise.

Desde o *homo erectus*, passando pelo *homo sapiens*, há aproximadamente 200 mil anos, até a concentração de povos nas regiões dos rios Tigres e Eufrates, há quase dez mil anos, eram as instabilidades climáticas, principalmente as glaciações, que traziam as mais acentuadas crises econômicas, vale dizer, em outros termos, o frio ou o calor eram determinantes para a escassez ou abundância de recursos.

A partir de então, não apenas o clima, mas outros fatores passariam a contribuir para o florescimento das crises econômicas; o principal de todos esses fatores de crise seria a própria condição humana.

Logo que o indivíduo deixa de demandar os recursos finitos, apenas em virtude das suas contingências fisiológicas, ou seja, pelas suas reais necessidades, opera-se uma virada significativa no campo da economia[179].

Essa virada se dá no momento em que o homem passa a demandar recursos para atender aos seus desejos subjetivos, independentemente das suas necessidades físicas.

Nesse sentido, pode-se dizer que é o desejo pelo supérfluo, no sentido de não necessariamente fisiológico, que nos levaria a buscar recursos que vão além das coisas básicas como alimento e água.

Nesse ponto, a economia surge como ciência predominantemente voltada às discussões sobre a utilização dos recursos pelo homem; surgem, então, os conceitos de utilidade, oferta e demanda, todos, essencialmente, relacionados com a própria existência do ser humano.

[179] As ações humanas, primariamente, são movidas por necessidades de subsistência e conservação advindas de nossa estrutura corpórea. Ficando em segundo plano o agir em busca das questões fundamentais da existência. Destarte, a regra é a de satisfação primordial dos interesses mundanos em detrimento do agir despropositado em busca do saber emancipatório. De acordo com Miguel Reale, aliás: “Esse tipo de ação, orientada no sentido da produção e distribuição de bens indispensáveis ou úteis à vida coletiva, é a razão de ser da Economia". No que diz respeito à relação entre o fenômeno jurídico e o econômico, Miguel Reale faz uma crítica à concepção marxista de que o Direito seria somente uma superestrutura condicionada pela infraestrutura econômica. Logo, o universo jurídico não poderia ser observado numa perspectiva unidimensional, apenas do ponto de vista econômico. Isso porque o direito é influenciado por vários outros campos, como a política, a geografia, a demografia, a cultura, a religião, a ética, entre outros. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19/21.

Mas poderíamos nos perguntar: quando surge esse desejo pelo supérfluo?[180] A partir de que momento o ser humano passa a querer e desejar outras coisas que não àquelas essenciais à sua sobrevivência?

Apesar dos muitos estudos no campo da antropologia, não podemos dizer, ao certo, em que momento o indivíduo passa a exigir para si mais do que precisa para viver.

Em todo caso, é no campo da cultura que podemos reconhecer, com mais evidência, a emergência desse fenômeno[181]. Numa vida coletiva, a união de esforços para a mantença e sobrevivência dos membros faz com que o grupo passe a produzir excessos, não consumidos imediatamente[182].

Em outros termos, na sociedade, culturalmente (con)formada, se colhe e produz não apenas recursos materialmente vitais, como comida e água, mas também outros bens que, embora não sejam essencialmente vitais, contribuem para uma vida mais prazerosa[183] e confortável. Por exemplo, as bebidas estupefacientes, temperos, tabaco etc.[184]

---

[180] Na obra de Shakespeare o mote pode ser notado quando a personagem Nerissa, no Ato I – Cena I, diz que "a superfluidade chama mais cedo aos cabelos brancos, mas a mocidade vive mais tempo." SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 58. Platão destacaria que "(...) a posse de riquezas, eis com efeito a causa original de todas as guerras, e, se somos levados à procura de bens, é por causa do corpo, escravos submetidos ao seu serviço! E é ainda por causa de tudo isso que nos ocupamos pouco de filosofia (...) quanto estivermos mortos, pois será apenas nesse momento que a alma estará em si mesma e por ela mesma, separada do corpo, e não antes." PLATÃO. **Fédon**. Tradução Miguel Ruas. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 26.

[181] Nesse contexto, convém destacar que "(...) qualquer ramo da cultura humana tem raízes que, bem procuradas, podem encontrar-se em fases bastante recuadas da história. Da automação temos a ciência de que, vários séculos antes da era cristã já não constituía novidade. Os autômatos já estavam em uso e são de citar-se, entre outros, a pomba voadora de Arquitas de Tarento (séc. V-IV), o sinalizador automático – construído por um discípulo de Platão par chamar às aulas os alunos da Academia (séc. IV-III). Mais interessantes haveriam de ser os atores automáticos que encenavam uma peça em 5 atos e 8 quadros sobre o retorno à pátria dos heróis da Guerra de Tróia (séc. I a.C.), no teatro Heron de Alexandria." SANTOS, Carlos Candal dos. **A Cibernética in Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974, p. 23.

[182] Relevante acentuar, também, que a linguagem ocupa papel central neste cenário, inclusive pelo fato de que é através da manipulação da linguagem que os homens são sugestionados a acreditar que necessitam de algo que apenas desejam. Neste caso, o que aparentemente nos parece essencial para viver, não passa de uma superfluidade, artificialmente inoculada no nosso campo psicológico através da linguagem. Diante da relevância da linguagem para a condução adequada do homem, e do Magistrado perante as contingências da vida, é que teremos ocasião de enfrentar questões sobre a linguagem e o Direito.

[183] Já teria perguntado Cícero: "Por que falar tanto do prazer? Por que, em vez de censurar a velhice, podemos nos felicitar que ela não nos faça lamentar os prazeres. Ao renunciarmos aos banquetes, às mesas que desabam sob os pratos e as taças inumeráveis, renunciamos ao mesmo tempo à embriaguez, à indigestão e à insônia." CÍCERO, Marco Túlio. **Saber envelhecer e A amizade**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 37.

[184] A partir de então, o homem passaria a querer e disputar não apenas recursos para viver fisiobiologicamente, mas também outros objetos, artificialmente forjados pela cultura, no seio

Em que pese o já colocado, nota-se que a substituição da necessidade pelo desejo é marca singular do capitalismo[185]. Por isso, desde que assumimos o capitalismo[186] como estilo de vida, quando a necessidade cederia seu espaço para o desejo, o desajuste da humanidade não cessaria de avançar[187].

---

sociedade. Nota-se, portanto, que é no convívio interativo que o homem colhe e cria novos bens e objetos, passíveis de apropriação. É certo, igualmente, que a criatividade pelo convívio cultural aumentaria cada vez mais, com a troca de informações e valores das diversas sociedades espalhadas pelo mundo. Além disso, desde as grandes navegações, o intercâmbio cultural e a produção de novas artificialidades no seio da sociedade só tenderia a aumentar, alcançando seu ápice com a revolução digital operada pela rede mundial de computadores. Com isto, a criação artificial do supérfluo só cresceria, na mesma proporção do desejo do homem por sua apropriação. Lembremo-nos, a propósito, o que dissera o poeta: "(...) as Armas e os barões assinalados; que da Ocidental praia Lusitana, por mares nunca de antes navegados, passaram ainda além da Taprobana; em perigos e guerras esforçados; mais do que prometia a força humana; e entre gente remota edificaram; Novo Reino, que tanto sublimaram (...)." CAMÕES, Luís de. **Os Lusíadas**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 17.

[185] Atualmente, depois de termos passado pelas fases do capitalismo selvagem e organizado, alcançamos um estágio absolutamente irracional do capitalismo, chamado de capitalismo desorganizado, ou capitalismo de cassino. Se nas fases anteriores do capitalismo, os recursos financeiros e monetários eram meios para alcançar novos recursos, não necessariamente financeiros e monetários, na fase atual, estes recursos são fins de si mesmos. Nos dias atuais produzem-se recursos financeiros e monetários, apenas para poder produzir mais recursos financeiros e monetários, que por sua vez, destinar-se-ão a produzir mais recursos financeiros e monetários, numa inesgotável ciranda de recapitalizarão do capital. Todos esses recursos, em grande parte, são meras idealidades, abstrações impalpáveis, que não vão além de meros números, em uma tela de computador. Repare que não é incomum, nos dias de hoje, escutarmos nos noticiários que um bilionário qualquer perdeu um, dois, ou três bilhões de dólares em apenas um dia, e que mesmo assim, continuaria calmamente operando seus negócios – certamente acompanhado, com olhos atentos, a não permanente e abstrata ciranda de números do mercado financeiro. Se todos reclamassem, em seus respectivos bancos, o dinheiro que, supostamente, tem, certamente, muitos sairiam de mãos vazias. Não precisamos ir muito longe para ver algo muito parecido: basta voltarmos ao ano de 2008, quando os créditos dos grandes bancos americanos, do dia para noite, simplesmente virariam fumaça.

[186] Além de exposto, é relevante pensarmos que, na lógica capitalista, a própria produção de conhecimento, e saberes de um modo geral, possuem valor de mercado, e, portanto, gozam de proteção do direito. Como exemplo, temos as normas voltadas à proteção intelectual, seja no ramo do direito autoral, ou da propriedade industrial. Hodiernamente, com a ampliação das comunicações por meio da internet, além da pluralização dos meios e recursos tecnológicos na transmissão de dados, o problema da tutela jurídica da propriedade intelectual se agrava cada vez mais. Não há dúvida. Os modelos de proteção desenvolvidos nos séculos XIX e XX, a utilização de patentes e registros, já não atendem à dimensão hipertrofiada da comunicação virtual no século XXI. Hobsbawam diria, inclusive, o seguinte: "No século XIX, a sociedade burguesa estava orgulhosa do avanço civilizatório obtido na época oitocentista. No contexto da Belle Epoquè, da 2ª Revolução Industrial, do neocolonialismo e do mercado liberal, a ciência era exaltada como a grande força que promovia um ritmo de descobertas e invenções nunca antes vistas. A atividade cognoscível passou a se desprender de suas raízes metafísicas e se arraigar em uma metodologia pura desprovida de qualquer contato com valores axiológicos. O saber filosófico passa a ser preterido enquanto a corrente utilitarista da ciência ganha espaço em meio ao apogeu do sistema capitalista monopolista financeiro. Observa-se a corrente positivista que passa a erigir ciências com linguagem e objeto de estudo estritamente bem limitados." HOBSBAWAM, Eric. **A era do capital**. Tradução Luciano Costa Neto. 3ª ed. Stanford: Argo, 1997, p. 257/266.

[187] Nesse aspecto é relevante realçar que segundo Marx, "a transformação da propriedade privada parcelada, baseada no trabalho próprio dos indivíduos, em propriedade capitalista é, naturalmente, um processo incomparavelmente mais longo, duro e difícil do que a transformação da propriedade capitalista, realmente já fundada numa organização social da produção, em propriedade social. Lá, tratou-se da expropriação da massa do povo por poucos usurpadores, aqui se trata da expropriação

Nessa mesma perspectiva, a coisificação e precificação também são fenômenos que contribuem significativamente para a composição desse cenário.

Com efeito, o capitalismo selvagem[188], associado à aguda crise da ética, parece ter o condão de colocar preço em quase tudo que diz respeito ao homem[189].

Algo que há pouco não se cogitara negociar, dado o caráter inestimável, nos dias de hoje, não apenas pode ser vendido, como tem até preço na tabela[190].

---

de poucos usurpadores pela massa do povo." MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro primeiro: o processo de produção do capital, tomo 2 (capítulos XIII a XXV). São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 381. Ainda sobre as questões atinentes à propriedade e ao capitalismo, de outro passo, Proudhon assinala que "(...) a propriedade é um roubo e ao mesmo tempo é uma liberdade. Essa operação de sistema de contradições é feita com cada uma das categorias econômicas (...) divisão do trabalho, concorrência, estado, credito, comunidade. Todas têm um lado positivo e um negativo. Elas dão lugar a uma série de resultados diametralmente opostos. Assim deve haver um acordo, uma conciliação uma síntese. (essa é a proposta do livro). A propriedade aparece aí, com as demais categorias econômicas, com sua razão de ser e de não ser, ou seja, como elemento de duas faces do sistema econômico e social. A propriedade tem duas contas abertas dentro do conjunto das instituições sociais: uma é a dos bens que ela obtém e que decorem diretamente de sua essência; a outra é do inconvenientes que ela produz dos gastos que ela ocasiona e que se seguem como bens também diretamente da sua natureza. O mesmo se passa com o monopólio, a concorrência o estado. Na propriedade como em todos elementos econômicos o mal ou o abuso são inseparáveis do bem, assim como na contabilidade por partidas dobradas o dever é inseparável do haver. Um engendra necessariamente o outro. Querer suprimir o abuso da propriedade é destruí-la. Querer suprimir o abuso da propriedade é destruí-la, da mesma maneira que suprimir um artigo do debito de uma conta é destruí-lo no credito. Todo o que é possível fazer contra os abusos e inconvenientes da propriedade é fundi-la, sintetizar organizar ou equilibrar com um elemento contrario que seja frente a ela o que o credor é frente ao devedor, o acionista frente ao comanditado etc. (tal será, por exemplo a comunidade)." PROUDHON, Pierre Joseph. **A propriedade é um roubo**. Tradução Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1998, p. 32.

[188] Sobre o direito do modo de produção capitalista, confira: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118 e s.

[189] No que se refere à questão, "(...) Marx e os outros profetas da desintegração dos velhos valores e relações sociais tinham razão. O capitalismo era uma força revolucionadora permanente e contínua. Claro que ela acabaria por desintegrar mesmo as partes do passado pré-capitalista que antes achava convenientes, ou até mesmo essenciais, para seu próprio desenvolvimento: acabaria serrando pelo menos um dos galhos em que se assentava. Isso vem acontecendo desde meados do século. Sob o impacto da extraordinária explosão econômica da Era de Ouro e depois, com suas consequentes mudanças sociais e culturais — a mais profunda revolução na sociedade desde a Idade da Pedra —, o galho começou a estalar e partir-se. No fim deste século, pela primeira vez, tornou-se possível ver como pode ser um mundo em que o passado, inclusive o passado no presente, perdeu seu papel, em que os velhos mapas e cartas que guiavam os seres humanos pela vida individual e coletiva não mais representam a paisagem na qual nos movemos, o mar em que navegamos. Em que não sabemos aonde nos leva, ou mesmo aonde deve levar-nos, nossa viagem. E a essa situação que uma parte da humanidade já deve acomodar-se no final do século; no novo milênio, outras deverão fazê-lo. Porém então, quem sabe, já seja possível ver melhor para onde vai a humanidade. Olhando para trás, vemos a estrada que nos trouxe até aqui; foi o que tentei fazer neste livro. Não sabemos o que moldará o futuro, embora eu não tenha resistido à tentação de refletir sobre parte desses problemas, na medida em que eles surgem dos escombros do período que acaba de chegar ao fim. Esperemos que seja um mundo melhor, mais justo e mais viável. O velho século não acabou bem." HOBSBAWAM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia de Letras, 1995, p. 24.

[190] Por exemplo, recentemente foi desmembrada quadrilha de servidores públicos e fornecedores de um hospital público no Rio de Janeiro que fraudava licitações e apresentava tabelas com valores "de mercado" das propinas. A reportagem fora veiculada no programa Fantástico, da Rede Globo.

O que era valioso demais para ser precificado recebe uma cifra, e passa a ser negociado, normalmente, como qualquer outra coisa[191].

Ainda sobre as crises econômicas e mercadológicas, cumpre apontarmos que a crença no mercado e distorções perceptivas são fatores decisivos para sua emergência. Nesse passo, temos de nos atentar para aquilo que Merleau Ponty denominaria Fé Perceptiva, essa crença que desenvolvemos artificialmente, menos no plano da consciência que no plano da inconsciência, de que nossos pares veem o mundo da mesma forma que nós[192].

Se, de um lado, esse mimetismo nos traz conforto, de outro, pode nos levar aos abusos[193].

Logo, a melhor maneira de dissipar essas distorções perceptivas é buscar, principalmente no diálogo, uma certificação, menos individual e insegura, sobre a comunhão dessas percepções entre os membros da coletividade.

Essa socialização dialógica sobre as visões de mundo podem esclarecer equívocos e auxiliar uma busca mais adequada na superação das tensões econômicas, políticas, jurídicas e sociais.

Ultrapassadas estas breves colocações sobre a origem das crises, seguiremos para o apreço das questões que envolvem a crise empresarial e os meios de superação.

---

[191] Veja que nos tempos idos, predicados como honra, dignidade, decoro, respeito, honestidade (...), eram valiosos demais para se colocar no curso de uma transação; hoje, têm preço vil, e são, escancaradamente, barganhados nos mercados espúrios, diuturnamente instalados em nossa sociedade. O dinheiro, já é mais importante que a verdade, e, a honestidade, por quaisquer poucos tostões vai até embalada com papel de presente. Concessões éticas, sejam pelos escândalos de corrupção no poder público, sejam pelos desvios e abusos praticados no cenário privado, são cada vez mais recorrentes no nosso cotidiano. Poderíamos nos perguntar o seguinte. Mas o que levaria tantas pessoas a colocar em risco a sua própria dignidade, e mesmo o respeito dos seus pares? A resposta é quase intuitiva. Não se pode perder muita coisa, já que a dignidade e o respeito não valem quase nada!

[192] Quanto ao tema, é oportuno destacar que "(...) o cenário da vida moderna não aceita os tipos de prognósticos realizados pelos grandes economistas. Podemos ter grandes visionários, grandes construtores de sistema, mas esses sistemas e visões provavelmente não terão a poderosa simplicidade que apresentavam os dos filósofos profanos. As narrativas deles foram escritas durante um período em que as ações econômicas da sociedade iniciaram-se em um ponto histórico central que provavelmente não voltarão a ocupar, mesmo que optemos pelo mercado, recusando o planejamento. E, portanto, podemos provavelmente escrever "fim" no capítulo da filosofia profana. Não haverá mais dramaturgos sociais que ousem arriscar-se a fazer narrativas de tão larga escala partindo de uma base de motivação tão estreita." HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Tradução Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova cultura, 1996, p. 299.

[193] Estas discussões, sobre a crença no outro, e nos movimento das massas, levaram muitos estudiosos à busca de uma compreensão mais adequada das chamadas bolhas econômicas. Por exemplo, estudos neuroeconômicos, conjugados com pesquisas nos campos da neolinguística e neuroquímica, apontam esta distorção perceptiva dos sujeitos como causa de grandes crises econômicas.

2.2.2 - Crise empresarial: meios de superação e intervenção do Estado

Ordinariamente, as crises, no espectro econômico, se resolvem por fatores endógenos ao próprio mercado[194].

Queremos dizer, portanto, que as crises econômicas são superadas, em regra, pelos fatores do mercado; são os próprios agentes econômicos que, nas suas interações, realocam os fatores de produção e vencem as dificuldades econômicas[195].

Há mesmo uma nota autopoiética nisso tudo, o que é natural aos organismos sistêmicos, como o nosso corpo, o Direito e a economia.

---

[194] Partindo da empresa como atividade econômica, numa perspectiva dogmática de crise, pode ser feito um decote entre crise econômica, financeira e patrimonial da empresa. Esta perspectiva foi desenvolvida a partir das aulas proferidas pelo Prof. Fabio Ulhoa Coelho, por ocasião dos créditos do programa de pós na PUC/SP: Assim, tomaremos 'crise' por gênero, e a decotaremos em três espécies. Primeiramente, crise econômica é o recuo acentuado dos negócios entabulados ordinariamente pelo empresário, principalmente pela diminuição da demanda dos consumidores. Essa crise pode ser geral, setorial, ou mesmo pontual; nesse caso, atinge apenas o sujeito. Uma análise acurada sobre o âmbito dessa crise é fundamental para a assunção de medidas adequadas de superação. Já a crise financeira deflagra-se quando o empresário não reúne recursos (volume de caixa) suficientes para adimplir seus compromissos. Cuida-se de uma patologia na liquidez, cujo sintoma mais evidente é a impontualidade. É possível que as negociações estejam em ascendência e que o faturamento seja maior do que o esperado, porém, nesse período específico, não existem recursos para saldar as dívidas. Melhor dizendo, pode até haver recursos, mas estes já estão afetados a outros compromissos, previamente assumidos. Pensemos num investimento de um parque fabril, cuja amortização demande algum tempo. Nesse caso, ainda que a atividade tenha reversão de lucro acentuado, esses recursos serão integralmente destinados à amortização do investimento inicial. É possível, ainda, que a ausência de liquidez decorra do volume excessivo de patrimônio imobilizado, cuja alienação é muito mais difícil. Por fim, a crise patrimonial é o descompasso entre os bens (inclusive créditos) e os débitos, existentes no patrimônio do devedor. Lembremos que patrimônio é uma universalidade de Direito, o conjunto de todas as relações jurídicas, economicamente apreciáveis, de um sujeito de Direito. Evitemos, portanto, falar em patrimônio ativo ou passivo. Patrimônio é uma universalidade, que pode conter créditos, débitos, bens, móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos etc. De fato, a crise patrimonial instala-se quando o patrimônio do empresário contém mais dívidas do que bens para saldá-las. Na linguagem profana, "quando o ativo é menor que o passivo".

[195] Naturalmente, a intervenção do Estado na atividade economia "(...) pode perseguir, a sua vez, ou a finalidade de um desenvolvimento econômico equilibrado, constituindo instrumento de progresso econômico, de industrialização, difusão do bem estar, ou bem, perseguir fins diversos de uma tutela dos empresários dando lugar a posições privilegiadas de grupo". ASCARELLI, Túlio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 152. Neste mesmo contexto, Martins evidenciará que "(...) o direito comercial, dia a dia, está sofrendo influência cada vez maior do direito publico (...) já não tem os indivíduos o direito de contratar livremente porque Estado impõe normas, cada vez mais drásticas, restringir a vontade das partes. Procurando amparar os mais fracos, o que faz o Estado é impor sua vontade, interferindo, diretamente, nas relações privadas (...) para fazer face as contingencias oriundas de novas situações econômicas e politicas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, tem abalado a estrutura da sociedade, o estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim, agem o Estado tendo em vista manter o equilíbrio social." MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 28/108.

Para essa capacidade regenerativa das crises mercadológicas dá-se o nome de “solução de mercado”. Nesse caso, não convém a utilização de recursos jurídicos (recuperação judicial, e.g.), para solução da crise.

Sem embargo, nem sempre essa função regenerativa do mercado é capaz de conter o colapso econômico deflagrado. Muita vez há uma patologia intrassistêmica que inibe a deflagração dos mecanismos de readequação econômica. Desse modo, a crise não se supera por uma solução de mercado.

Muitos são os fatores que podem ser causa desse desarranjo, como, por exemplo, uma política fiscal e tributária equivocada; o abuso da posição jurídica[196]; o abuso do poder econômico de alguns agentes; a violação da livre concorrência, dentre outros.

Outra ilustração de abuso está na hipertrofia do valor idiossincrático da empresa, o que acaba resultando em uma disfunção no sistema de liberdade de iniciativa[197]. Esta situação se passa quando o empresário, numa perspectiva valorativa subjetiva, atribui à sua empresa valor excessivamente incongruente com as referências econômicas do mercado. Em termos modestos, supervaloriza, imoderadamente, a sua empresa.

Sempre que a crise não se superar, naturalmente, por uma solução de mercado, o Estado disponibilizará os meios e os instrumentos jurídicos para a superação[198].

---

[196] Até mesmo no que se refere à liberdade de manifestação do pensamento, é preciso destacar que “(...) os abusos porventura ocorridos são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.” MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

[197] Nota-se que, como pontuou Dworkin, “(...) a retórica da liberdade alimenta todos os movimentos radicais, desde as guerras internacionais de libertação às campanhas em prol da liberdade sexual e da libertação das mulheres. Mas a liberdade tem servido de forma ainda mais proeminente aos conservadores. Mesmo as moderadas reorganizações sociais propostas pelos movimentos sindicais e antitruste, e pelo New Deal em seu início, foram contestadas com base na alegação de que infringiam o direito à liberdade. Em nossos dias, os esforços para alcançar alguma justiça racial por meio de técnicas como o transporte escolar de crianças negras e brancas nos EUA, bem como as tentativas de justiça social na Inglaterra, através de restrições ao ensino privado, são acertadamente combatidos com base nesse mesmo fundamento.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409.

[198] Entre estes instrumentos desponta a recuperação judicial cujo objetivo ultrapassa as questões meramente econômicas e financeiras para alcançar a própria efetivação de Direitos e garantias constitucionais, notadamente no plano social.

Nesse caso, para a melhor compreensão de nossas propostas, antes de avançarmos, faremos alguns questionamentos sobre a intervenção do Estado na sociedade e na própria economia[199].

Naturalmente, a (con)formação da sociedade e do próprio Estado[200] é, em grande parte, influenciada pelos fatores econômicos.

Aliás, o Estado atua no cenário econômico por diversas formas[201], sendo que cada uma representa um modelo econômico, vale dizer, é a intensidade de sua

---

[199] Percebe-se que "(...) dia a dia, em face, mesmo, das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais a sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos (...) inegavelmente, verifica-se, no campo do direito comercial, apesar dos prognósticos otimistas de alguns tratadistas (Juaquin Garriques) uma crescente absorção do direito mercantil pelo direito público, com a interferência, cada vez mais acentuada, da vontade estatal nos interesses privados." MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 29/109.

[200] Embora a organização politicamente institucionalizada da sociedade seja muito anterior, foi no início do século XVI que Maquiavel, pela primeira vez, utilizou a expressão Estado (estar forte) como categoria representativa de uma organização política. À revelia de outras discussões teoréticas, neste ponto, reconhecemos o Estado como entidade autônoma, dotada de soberania, composta por um povo, que ocupa um território, e é governado segundo determinadas finalidades.

[201] Sobre esta questão, merecem destaque as conclusões apresentadas por Hugo de Brito Machado. Segundo o autor, "(...) qualquer que seja a concepção de Estado que se venha a adotar, é inegável que ele desenvolve atividade financeira. Para alcançar seus objetivos precisa de recursos financeiros e desenvolve atividade para obter, gerir e aplicar tais recursos. Isto não significa que não possa atuar no campo econômico. E atua, com maior ou menor intensidade, ora explorando patrimônio seu, com o fim de lucrar, ora intervindo no setor privado da economia, na defesa da coletividade. De qualquer forma, pelo menos em princípio, o Estado não prescinde de recursos financeiros que arrecada do setor privado, no exercício de sua soberania. No Brasil vigora a regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica. A atividade econômica é entregue à iniciativa privada. A não ser nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional, ou em face de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (Constituição Federal, art. 173). Não é próprio do Estado, portanto, o exercício da atividade econômica, que é reservada ao setor privado, de onde o Estado obtém os recursos financeiros de que necessita. Diz-se que o Estado exercita apenas atividade financeira, como tal entendido o conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação dos recursos financeiros de que necessita para atingir os seus fins. A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia. Com a tendência ultimamente revelada pelas nações comunistas do leste europeu no sentido da denominada economia de mercado, o tributo ganha ainda maior importância, na medida em que se constata a ineficiência da economia estatizada. É importante, porém, que a carga tributária não se torne pesada ao ponto de desestimular a iniciativa privada. No Brasil, infelizmente, isto vem acontecendo. Nossos tributos, além de serem muitos, são calculados mediante alíquotas elevadas. Por outro lado, o Estado é perdulário. Gasta muito, e ao fazê-lo privilegia uns poucos, em detrimento da maioria, pois não investe nos serviços públicos essenciais dos quais esta carece, tais como educação, segurança e saúde. Assim, mesmo sem qualquer comparação com a carga tributária de outros países, é possível afirmar-se que a nossa é exageradamente elevada, posto que o Estado praticamente nada nos oferece em termos de serviços públicos." MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41/42.

ingerência no campo da economia que irá determinar o modelo econômico adotado[202].

A despeito das variações teóricas[203], ao nos depararmos com discussões nesta seara, dois paradigmas modais despontam com relevância: o Estado Liberal e o Estado Social[204]; cada um desses modelos de Estado receberá influência das variadas correntes do pensamento econômico[205].

---

[202] Sobre Estado e economia, imperialismo, dependência e desenvolvimento, confira EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança**: as multinacionais, as estatais e o capital nacional no desenvolvimento dependente brasileiro. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, p. 29/58. De acordo com o citado autor, "(...) as contradições do desenvolvimento dependente se refletem na natureza paradoxal do estado capitalista, também dependente. É um estado nacionalista cuja estratégia de acumulação está condicionada pelas suas relações com a economia internacional e depende da cooperação da empresa multinacional. É um estado cuja proteção repressiva dos interesses da classe dominante é clara, e ao mesmo tempo exclui grande parte da burguesia nacional da participação política, tal como exclui a massa da população. Não obstante as contradições que encera, o Estado tem sido um instrumento-chave no desenvolvimento dependente." Ibid., p. 55.

[203] No que se refere à presença do Estado na economia, ao tomar os aspetos econômicos como objeto de seus estudos, Boaventura de S. Santos dirá que são três os principais vetores de regulação social, desde o advento da modernidade. Para o professor português, são os mercados, os estados e as comunidades, que firmam o tom operacional de uma dada sociedade. Nesse caso, é a predominância de um desses fatores sobre os demais, que marcará o modelo da sociedade. Quando a presença do Estado predomina sobre o mercado e a comunidade, há menos liberdade econômica e maior rigor no controle do protagonismo social. Se, de outro turno, as leis do mercado, através da "mão de Smith", imperam sobre as demais, haverá mais liberdade econômica, mas também grande insegurança e eventual desigualdade social. Por fim, se a comunidade predomina, haverá mais participação política e uma economia mais solidária, cooperativa e equilibrada. Boaventura também questionará, em obra que leva a pergunta no título, se: Poderá ser o Direito emancipatório? Para responder a pergunta, ele procurará discutir temas que envolvem, inclusive, a necessidade de se buscar uma participação mais ativa dos membros da comunidade no cenário social, político e econômico. Segundo o autor: "(...) a reconstrução da tensão entre regulação social e emancipação social obrigou a sujeitar o direito moderno – um dos mais importantes fatores de dissolução dessa tensão – a uma análise crítica radical e mesmo a um 'despensar'. Este 'despensar', no entanto, nada teve que ver com o modo desconstrutivo. Pelo contrário, foi seu objetivo libertar o pragmatismo de si próprio, quer dizer, da sua tendência para se ater a concepções dominantes da realidade. Uma vez postas de lado essas concepções dominantes, torna-se possível identificar uma paisagem jurídica mais rica e ampla, uma realidade que está mesmo à frente dos nossos olhos, mas que muitas vezes não vemos por nos faltar a perspectiva de leitura ou do código adequados... No fim e ao cabo, o direito não pode ser nem emancipatório, nem não-emancipatório, porque emancipatórios e não-emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante (...)" SANTOS, Boaventura de Souza. **Poderá o direito ser emancipatório**. Vitória, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 103-104.

[204] No modelo de Estado Liberal, por exemplo, há uma tendência às doutrinas capitalistas, enquanto no modelo de Estado Social encontraremos uma inclinação às correntes socialistas.

[205] Por ocasião de suas reflexões sobre o pensamento científico e, por conseguinte, econômico, Gaston Bachelard adverte que, na ciência moderna "(...) o cérebro já não é o instrumento absolutamente adequado do pensamento cientifico, ou seja, o cérebro é obstáculo para o pensamento científico. Obstáculo, no sentido de ser um coordenador de gestos e de apetites. É preciso pensar contra o cérebro." BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Estela dos Santos Abreu. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p.307.

A propósito, deixemos alguns esclarecimentos sobre os 'modelos' de Estado, iniciando pelo *Estado Estamental*, passando pelo *Estado Absoluto, Estado Liberal, Estado Social*, até alcançarmos o denominado *Estado Neoliberal*[206].

A primeira configuração de Estado Moderno, denominada de Estamental, despontaria nos tempos medievos, quando ascende uma fragmentação social limitadora dos poderes monárquicos[207].

Justamente pela divisão social em estamentos, e a limitação dos poderes do rei, surgiriam os contornos do chamado *Estado Estamental*, modelo que permaneceria durante quase toda a Idade Média, até o seu ocaso, seguido do alvorecer da modernidade.

O modelo *estamental* só deixaria de prosperar no século XVI, com a reconcentração dos poderes monárquicos, a partir do Renascimento.

Em seguida, com os Estados nacionais iniciar-se-ia a aguda concentração dos poderes nas mãos do rei, deflagrando-se o modelo de Estado Absoluto. Neste modelo de Estado Absoluto, ora o poder monárquico referenciara-se na divindade, quando poder-se-ia falar em monarquia divinal, ora numa racionalidade discursiva, especialmente construída para fundamentar o poder[208].

---

[206] Manfredo Araúdo de Oliveira observou que "(...) a tese neoliberal do mercado total se revela intrinsecamente aética, já que, de acordo com a teoria econômica exposta, ele é, em última instância, embora indispensável, incapaz de evitar a catástrofe econômica e social. Se a razão de ser do processo produtivo é a satisfação das necessidades do ser vivo livre e portador de uma dignidade intocável, então seus mecanismos só são eticamente aceitáveis na medida em que são capazes de efetivar sua razão de ser, o que não é o caso do mercado total (...) o filósofo comparece a esta discussão com uma missão muito humilde, mas indispensável: a missão, como diz P. Ricoeur, de educador, cuja tarefa consiste em pôr diante da sociedade o horizonte último de uma humanidade verdadeira e, assim, não deixar desaparecer a tensão entre o ideal e o real, que constitui a vida do homem como ser histórico." OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e economia**. São Paulo: Ática, 1995, p. 81.

[207] É de se constatar que países como Inglaterra e França destacam-se pelo seu pioneirismo na fragmentação do poder; o parlamento inglês, por exemplo, aprovaria a Magna Carta no século XII, enquanto que na França, os Estados Gerais proporcionariam uma incipiente representatividade democrática.

[208] Convém ponderar, neste passo, que contrato social passa a ser uma tese argumentativa, deveras utilizada, na tentativa, supostamente racional, de justificar o absolutismo monárquico. Aliás, a "racionalidade" deste absolutismo, pseudoesclarecido, seria apresentada por pensadores de estofa, como Hobbes, Locke, e outros, o que lhe conferia acentuada carga de credibilidade intelectual. Como veremos, essa busca pela racionalidade, como fundamento da soberania do Estado, não obstante sua variabilidade marcaria todos os períodos históricos que lhe seguiram. Assim, a despeito das particularidades e flutuações ideológicas, até os dias hodiernos, os pensadores discutem, cada um ao seu modo, qual seria, racionalmente, a melhor forma de condução política do Estado. Uma das evidências mais marcantes dessa perspectiva racional, já denunciada por Tocqueville, é a prevalência da lei formal, em detrimento dos costumes, e a acentuada carga burocrática do Estado. Nessa toada, observa-se que diversas codificações, inclusive a prussiana, foram utilizadas como instrumento de manutenção desse modelo absolutista de Estado.

Destaque-se que a polarização do poder absolutista foi fator determinante para a inflação da ação estatal sobre as questões sociais, além da formatação do arquétipo burocrático[209].

A superação do modelo absolutista viria com a ascensão do modelo liberal de Estado, principalmente na França do século XVIII.

Retomando-se uma concepção medieval de Estados gerais, composto por clero, nobreza e povo, a França, inflamada pela Revolução, ofereceria ao mundo, pelas mãos da Assembleia Nacional, um modelo constitucional supostamente vanguardista e extremamente libertário[210].

Fortemente influenciado pelo movimento liberal, já iniciado no século XVII, esse paradigma é marcado, principalmente, pelo recuo do Estado no tratamento das questões sociais.

Ou seja, enquanto no modelo absolutista o Estado estivera exacerbadamente presente nas questões sociais, no modelo liberal, a pauta do protagonismo estatal no campo social sofreria acentuada redução[211]; é de se notar que no modelo liberal capitalista o sistema econômico é essencialmente fundado na propriedade privada dos meios de produção, voltado à garantia da liberdade de mercado[212].

---

[209] Carece grifar, no entanto, que, com certos temperamentos, os problemas advindos do rigor legal e da burocratização estatal nos fustigam até os dias atuais, colhendo-nos diuturnamente em suas teias. Justamente por isso é que reclamamos reflexões sobre o tema.

[210] Na seara do direito, a ideia da adoção de um modelo escrito de constituição reforça-se com a constituição do Estado da Virgínia, verdadeiro paradigma modal, para diversos rompantes revolucionários em todo o mundo. Com efeito, é na positivação dos direitos naturais que teríamos as primeiras estabilidades no campo dos direitos humanos. De todos estes movimentos revolucionários, o destaque fica com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, em 1688; a Revolução Americana, de 1776; e a Revolução Francesa, de 1798. Com esses avanços, os direitos naturais passaram a ser considerados fundamentais e foram positivados. A propósito, segundo João Maurício Adeodato pontua que "(...) a ideia de direitos naturais encontrou grande alicerce durante a época do cristianismo medieval na medida em que o jusnaturalismo teológico foi perpetrado pela figura de Tomas de Aquino, o qual consagrou o Direito, enquanto oriundo da providência celestial, como eterno, natural e divino. Já com o advento da modernidade o jusnaturalismo racionalista, apesar da forte influência cristã no movimento iluminista do século XVIII, tenta afastar a presença de Deus enquanto elemento fundacional exterior do Direito. Para isso, busca uma base racional independente." ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19/22.

[211] Atente-se para o fato de que, além de Montesquieu, autores como John Locke, Alex de Tocqueville, Stuart Mill, Benjamin Constant, Adam Smith, Thomas Paine, e Kant, também contribuíram significativamente para a formatação do pensamento filosófico liberal.

[212] A respeito da liberdade no plano da civilização, há que se ressalvar que "(...) a civilização impõe sacrifícios tão grandes não só à sexualidade humana, mas à sua agressividade, podemos entender melhor por que é tão difícil para o homem ser feliz na civilização. De fato, o homem primitivo estava em situação vantajosa por não conhecer restrições ao instinto. Em contraposição a isso, sua perspectiva de usufruir desta felicidade por qualquer intervalo maior de tempo era diminuta. O homem civilizado trocou uma parcela das suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança. A

Frise-se, no entanto, que a colocação de teses como a separação dos poderes, sugerida por Montesquieu, e a evocação de Direitos naturais[213], foram decisivos para a concepção desse cenário, a partir de uma revolução promovida pela classe burguesa[214].

No entanto, após as mazelas da Primeira Guerra[215] Mundial o modelo Liberal de Estado revelaria sua deficiência, oportunizando a ascensão de um novo paradigma, o Estado Social, que passaria a assumir uma postura prestacionista, inclusive com a garantia dos chamados Direitos de segunda dimensão[216].

---

domesticação do animal humano tem um preço." GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**: diálogos sobre o bem-estar na civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 109.

[213] Segundo Voltaire, "(...) direito natural é aquele que a natureza indica a todos os homens. Você cria um filho, ele lhe deve respeito na qualidade de seu pai e reconhecimento na qualidade de seu benfeitor. Você tem direito aos produtos da terra que cultivou com suas próprias mãos. Você fez ou recebeu uma promessa; ela dever ser cumprida. O direito humano não pode ser fundamentado em nenhum caso senão sobre esse direito da natureza; e o grande princípio, o princípio universal de um e de outro, é o mesmo em toda a terra: 'não faças aos outros o que não queres que te façam'. Ora, não se percebe como, segundo esse principio, um homem poderia dizer outro: "Crê no que eu creio e não no que não podes crer; caso contrário, morrerás." VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância (por ocasião da morte de Jean Calas, 1763)**. Tradução William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 38.

[214] Neste ponto, convém deixarmos algumas advertências. Assumindo uma perspectiva histórica, é de se concluir que a aproximação conciliada da burguesia com o poder monárquico, na busca de sufocar o modelo feudal, é a verdadeira origem do modelo mercantilista, e, por conseguinte, ascensão dos tronos absolutistas europeus. (Este trecho foi concebido a partir das considerações de C. Passos.). Esse arranjo societário entre monarcas e burgueses sustentar-se-ia até que o oportunismo da burguesia se desse por satisfeito, o que ocorreria simultaneamente com a certeza de que os senhores feudais estariam enterrados, e com a segurança de que jamais iriam irromper de seus sólidos túmulos. De fato, a burguesia só estaria posta ao lado do rei enquanto sua figura lhe fosse útil. A partir do momento em que não havia mais motivos para temer os entraves feudais, não se hesitou em afiar as guilhotinas e caminhar para o desate final das monarquias absolutistas na França e na Europa. Lamentavelmente, nem todos conseguem se dar conta do verdadeiro caráter da Revolução Francesa. O que parecia ser um movimento libertário para toda a humanidade, e um avanço nunca antes experimentado na história política do homem, com seus sonoros gritos libertários, de igualdade e fraternidade, não passaria de mais um movimento, voltado à concretização de um projeto mesquinho de uma classe social, desta vez a burguesia. Esta, a única que seria verdadeiramente beneficiada, continuaria a sua caminhada em defesa dos seus favorecimentos e vantagens, ainda que, para tanto, fosse necessário fazer conchavos ou mesmo rolar cabeças. Se nos detivermos às narrativas do curso histórico, veremos que, não apenas no plano internacional, mas, inclusive, no plano interno, o enredo é sempre o mesmo. Desde o descobrimento português até os dias hodiernos, é entre acordos e "guilhotinas" que os pequenos grupos gozam de favores e privilégios, em detrimento de uma maioria, esquecida e iludida pelas retóricas promessas de mudança que jamais seriam cumpridas.

[215] Nas guerras, aliás, as misérias da natureza humana se realçam. Talvez por isso Goethe tenha nos deixado a seguinte questão: "Que é o homem, esse semideus tão louvado? Não lhe faltam as forças justamente no momento em que necessita delas? E quando ele, alçando voos de alegria, ou abismando-se na tristeza, em um ou no outro caso, não será então limitado, retomando a consciência fria e banal de si mesmo, justamente quando contava perder-se no infinito?" GOETHE. **Os sofrimentos do jovem Werther**. Tradução Pietro Nassetti. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 91.

[216] As revoltas populares deflagradas por toda a Europa durante os séculos XVIII e XIX, inclusive pela "comuna de Paris", contribuíram significativamente para este deslinde. No mesmo sentido, valores do cristianismo, buscados pela Igreja Católica, através de suas doutrinas sociais, severamente críticas ao capitalismo liberal, foram relevantes para a consolidação do Estado Social. Na encíclica Rerum Novarum, do papado de Leão XIII, por exemplo, emergem críticas contundentes ao modelo liberal.

Sem dúvida, o Estado Social representa um avanço sobre as conquistas do Estado Liberal.

Enquanto no Estado Liberal, pelos Direitos negativos de *B. Constant*, ou de primeira dimensão, avançou-se na liberdade do cidadão perante os abusos perpetrados pelo Estado[217], no Estado Social, conservam-se[218] aqueles Direitos e asseguram-se novas categorias de benefícios para segmentos específicos da sociedade, notadamente os vulneráveis.

Assim, a vulnerabilidade, na sua acepção mais ampla, conduzirá o Estado Social na efetivação de Direitos e garantias daqueles cidadãos que mais necessitam de recursos para gozar de uma vida mais igualitária, em relação aos seus pares[219].

Malgrado o exposto, mostra-se relevante, ainda, para o deslinde das nossas reflexões, deixarmos algumas notas sobre as insuficiências ideológicas desses 'modelos' de Estado, sobretudo na perspectiva econômica.

Com relação ao aspecto ideológico, assim como o Estado Liberal colhera sua essência na fonte ideologia do liberalismo, também o Estado Social referenciou-se, significativamente, na ideologia socialista[220].

O socialismo, enquanto ideologia, sugere uma pauta política para as classes de trabalhadores, estas últimas surgidas com a Revolução Industrial, a partir do século XVIII.

Atente-se que esses movimentos favoreceriam, também, a consolidação do Estado Social Alemão, talvez o exemplo mais paradigmático de Estado Social europeu, naquele período. Aliás, o modelo de Estado Social, além da constituição de Weimar, de 1919, já estaria na Constituição Mexicana, de 1917, e seria adotado pelas Constituições Italiana, de 1947, Portuguesa, de 1976, e Espanhola, de 1978.

[217] A propósito da liberdade crítica, Vieira assinalou o seguinte: "Uma teoria constitucional contemporânea deve promover um "fórum" mais cosmopolita para uma visão cívica da liberdade critica do que o constitucionalismo baseado na modernidade. A liberdade critica reconhece a presença de uma diversidade cultural e requer a acomodação das diversas demandas culturais, requer dialogo, mas diríamos que um diálogo crítico." VIEIRA, José Ribas et al. **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105.

[218] Vale notar, entretanto, que a conservação das garantias pelo modelo liberal levaria alguns a sustentar que o Estado Social diferiria do Estado Socialista; este produto revolucionário, nos moldes propostos por Lenin e Marx.

[219] Além do mais, no Estado Social de Direito, embora se permita a livre atuação dos sujeitos no plano social, a marcante presença do Estado volta-se, principalmente, à implementação de políticas públicas. É autorizado notar, ainda, que neste modelo há uma forte integração política de todas as classes da sociedade, vale dizer uma democracia essencialmente massificada. Chamemos de Democracia-social, Social-democracia, ou *Walfare-State*, em ambas das denominações haverá um traço comum: a intensa prestação de favores estatais em benefício da sociedade.

[220] Neste ponto, ressalte-se que os escritos de Marx, Engels e Saint-Simon, além de nomes como Fourier, Kautsky e Lenin, foram marcantes para o advento do Estado Social.

Com o deslocamento populacional para os grandes centros urbanos, associado à hipertrofia das demandas sociais, reclamava-se uma alternativa política para a cáustica situação da sociedade europeia daquele século.

Inobstante a necessidade de superar os modelos políticos e econômicos em busca da promoção de uma vida minimamente digna aos membros da sociedade fosse um ponto comum em todas as tiras de pensamentos, havia uma grande variação das sugestões estratégicas para alcançar este desiderato.

As diferentes estratégias ideológicas do socialismo seriam operadas em diversos campos.

No campo do Direito e da economia, por exemplo, o enfoque principal estaria na readequação dos modos de produção.

Enquanto no modelo liberal capitalista o sistema econômico seria essencialmente fundado na propriedade privada dos meios de produção, voltado à garantia da liberdade de mercado, no socialismo, além da limitação da propriedade privada, e do controle de recursos pelos trabalhadores, toda a economia deveria ser teleologicamente direcionada à igualdade social[221].

Numa síntese, enquanto o liberalismo[222] flamula a bandeira da liberdade, o socialismo tem na igualdade a estampa mais valiosa de sua bandeira[223]. Ou de outro

---

[221] Sobre economia dirigida e igualdade, recomendamos a seguinte leitura MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, igualdade (os três caminhos)**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 675-679.

[222] É salutar notar que, de acordo com Tomás Várnagy, "(...) os liberais conservadores invocam o princípio do livre mercado, do *laissez-faire*, e são hostis ao Estado, considerando a família e o mercado as instituições-chave que alicerçam a sociedade. Outros liberais, mais à esquerda no espectro político, pensam que o direito à vida e à procura da felicidade implica o direito ao divórcio e ao aborto e, além destes, o direito não só à educação universal, mas também à proteção da saúde e a um generoso Estado benfeitor que torne efetiva a justiça distributiva. Os princípios do liberalismo político clássico parecem estar negados atualmente no neoliberalismo contemporâneo, uma variante teórica do capitalismo desenvolvido que pouco parece se interessar pelo direito à vida e à liberdade. Um autodenominado "liberal", conhecido jornalista argentino, confessou estar mais preocupado, durante a ditadura militar de 1976-83, pela flutuação do dólar nos mercados do que pela flutuação de cadáveres de supostos subversivos no Rio da Prata, jogados de aviões militares. Certamente John Locke se retorceu na tumba ao ouvir este comentário." VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna**: De Hobbes a Marx. São Paulo: Clacso, 2006, p. 78.

[223] Não obstante, Will Kymlicka consigna que "(...) é desumano negar que circunstâncias desiguais criam inequidade, e as tentativas dos libertários de demonstrar que a pobreza não é má restrição de liberdade nem da posse de si mesmo apenas revelam o quão fraca é sua defesa do mercado livre. Porem, ate podemos encontrar uma fronteira clara e aceitável entre escolhas e circunstancias, haverá certo desconforto em tornar estas formas de inequidade uma base de direitos obrigatórios. O liberalismo capitaliza com base neste desconforto, sugerindo que podemos evitar a necessidade de traçar esta linha." KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 202.

modo, enquanto o liberalismo preocupa-se com o indivíduo, singularmente considerado, o socialismo ocupa-se com a coletividade[224].

A partir dessa dualidade de paradigmas, as doutrinas socialistas vão tecer as mais agudas críticas aos pensamentos liberais, embora muitas destas críticas colham seus fundamentos em pensamentos já lançados no pretérito[225].

Digno de nota nessa temática é o pensamento de Marx. Numa postura crítica das relações sociais, contrapondo-se ao que chamou de socialismo utópico, Marx sugere uma retomada de consciência do homem sobre os fenômenos materiais da sociedade[226].

Aliás, partindo do materialismo histórico dialético, a doutrina marxista reconhecerá na falta de consciência histórica sobre a formação da estrutura

---

[224] Pela aproximação temática, é relevante averbar as ponderações de Paulo Dourado Gusmão sobre a presença do Estado nos domínios privados. De acordo com o autor, "(...) estado, monopolizando o poder coercitivo, de certa forma, em relação ao homem, é uma organização controladora de suas liberdades. Daí o conflito que há entre a liberdade individual e o Estado, conflito de trágica história, pois houve mais tempo em que a liberdade foi cerceada do que esteve sem peias. O liberalismo reduziu o papel do Estado a de mero árbitro, que só deveria intervir para dirimir conflitos, deixando à iniciativa individual campo livre de ação. Porém a grave crise econômica ocorrida depois da Primeira Guerra Mundial levou-o a exercer papel intervencionista, ou seja, papel atuante na ordem econômica. O Estado tornou-se, então uma grande empresa, muitas vezes falida, com o poder de decidir sobre as direções econômicas da sociedade civil. Papel que, devido ao seu insucesso, está sendo abandonado. Mas as liberdades estão cada vez mais limitadas por leis. Por isso, fortalece cada vez mais a convicção de ser necessário encontrar-se o justo equilíbrio entre a autoridade e a liberdade." GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 376.

[225] Com efeito, nos escritos de Pierre Joseph Proudhon (*A propriedade é um roubo e outros artigos anarquistas*, escritos no século XIX), de Karl Marx e Friedrich Engels (*Manifesto do Partido Comunista*, de 1848 e *Gotha*, *comentários à margem do Programa do Partido Operário Alemão*) entre outros, notamos que estes temas já haviam sido suscitados no século XVII, pelo próprio Rousseau (por exemplo, em *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*). Pode-se dizer, neste aspecto, que o socialismo e o comunismo estampam linhas de pensamentos tencionados à superação dos modelos liberais. De fato, na década de 40 do século XIX despontaria uma divisão ideológica entre comunismo e socialismo. Neste propósito, Engels, ao denunciar o socialismo como um movimento embotado pelos interesses da burguesia, apontava o comunismo como a única proposta verdadeiramente favorável à proteção da classe trabalhadora. Apesar dessa sugestão distintiva, constataríamos que os interesses maiores da revolução, a implementação do programa político proletário, acabaria por promover o arrefecimento dessa dicotomia, logo que procura garantir aos trabalhadores maiores espaços e favores, dentro do contexto burguês. Ou seja, a busca pelo reconhecimento dos Direitos sindicais, e outras melhorias nas condições de trabalho, imporiam rigorosas contensões às paixões socialistas e comunistas. Esta descoloração ideológica, iniciada no final da década de quarenta do século XIX, só retomaria seu vigor com a Revolução Russa, em 1917. Neste cenário, com a contraposição dos "mencheviques" (os 'verdadeiros comunistas') aos "bolcheviques", capitaneados por Lenin, ressurge a tensão dialética entre aquelas duas correntes.

[226] Giddens questionará o seguinte: "Será que hoje estamos ingressando em uma grande fase de desenvolvimento da teoria sociológica? As ideias dos pensadores clássicos – Marx, Durkheim e Weber – foram concebidas em épocas de grande mudança social e econômica. Estamos passando por um período de transformações que provavelmente sejam tão profundas – e muito mais sentidas em todo o mundo. Precisamos desenvolver novas teorias para compreender novos avanços que estão transformando nossas sociedades atuais." GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz. 4ª ed. Porto Alegre. Artmed, 2010, p. 541.

econômica da sociedade o fator determinante da opressão dos trabalhadores pelas classes dominantes[227].

Para a mencionada doutrina, a sociedade é conformada e modificada pelas relações econômicas. Assim, somente pela modificação das estruturas econômicas poder-se-á experimentar uma alteração da própria estrutura da sociedade.

No entanto, segundo esta orientação, para mudar a sociedade a partir da alteração das estruturas econômicas, o primeiro movimento é a tomada de consciência sobre o desencadeamento histórico dos fatos formativos do cenário econômico e social.

Nesta linha de pensamento, defenderemos, oportunamente, a compreensão cultural e historicamente situada do Magistrado diante das contingências da recuperação judicial[228].

A despeito das ponderações deixadas acima, retomando a questão dos modelos de Estado, sobretudo no modelo econômico[229], relevante pontuar que já no século XX passaríamos a experimentar os acenos de uma profunda crise nos paradigmas do Estado Social[230].

---

[227] Merece salientar que, para Marx, "(...) os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar-se nessa linguagem emprestada." KARL, Marx. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução Leandro Konder. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 19.

[228] Sobre o direito como cultura, confira CARLOS COSSIO. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Con una introducción a la fenomenología egológica, por Daniel e. Herrendorf. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 30.

[229] Celso Furtado reclama atenção para o fato de que "(...) na segunda metade do século passado já se alertava o processo de integração econômica dos próximos decênios, se por um lado exigira a ruptura de formas arcaicas de aproveitamento de recursos em certas regiões, por outro requererá uma visão de conjunto do aproveitamento de recursos e fatores no país." FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil** (Grandes nomes do pensamento brasileiro). 27ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000, p. 252/253.

[230] O século XX, extremamente frondoso no campo das ideologias, foi também marcado por conflitos que modificaram acentuadamente a vida do homem no nosso planeta. Note-se, inclusive, que as sangrentas guerras desentranhadas do seu ventre, como assinalara-nos Hobsbawn, fez com que o século XX aparentasse ser muito mais curto do que realmente o foi. Entretendo, se em dimensão cronológica este período não se fez singular diante dos demais, em intensidade e dor, o século que passou desponta inédito no curso histórico da humanidade. Repare que em apenas cem anos, para não falar nos avanços no campo da tecnologia e do fenômeno da internet, tivemos: duas grandes guerras mundiais; a ascensão e a queda dos rigorosos regimes totalitários, como nazismo, fascismo e stalinismo; vimos o ocaso de grandes colonizações nos continentes americano, asiático e africano; além da ascensão de novos estados nacionais e a consequente hipertrofia do cenário político internacional. A propósito, não podemos esquecer, pela sua relevância, que a (...) a internet é uma rede mundial de computadores que, a partir de redes menores, se comunicam por intermédio de uma

Neste ponto, vale acentuar que os déficits previdenciários, agravados pelo envelhecimento da população, associado ao avanço tecnológico e ao desemprego, podem ser apontados como alguns dos fatores que agravam a crise do Estado Social. Aliás, atualmente, esta situação é evidente, principalmente nos países europeus como Itália, Grécia e Espanha, onde se deflagrou os sintomas da fragilidade do modelo estatal predominantemente prestacionista.

O século XXI, por seu turno, também apresenta singularidades que lançam questionamentos sobre a pertinência do 'modelo' prestacionista, até então adotado.

Dentre elas, merece aceno as novas primaveras, inclusive a árabe. Nesses movimentos, presenciamos uma marcante tonificação da resistência aos regimes totalitários. Contudo, a despeito de resultados positivos, como a derrubada de grandes ditaduras, a exemplo da Líbia, Egito e Tunísia, a resistência popular ainda sucumbe diante de algumas tiranias, seja pela violência armada (como o caso de Bachar Al Assad, na Síria), pela violência institucional (como a dos irmãos Castro, em Cuba), ou mesmo pelo isolamento (como no caso norte-coreano).

De outro lado, o fundamentalismo islâmico, associado à formação de Estados religiosos, coloca novas questões aos viventes do século XXI, como a tutela dos Direitos humanos (principalmente o reconhecimento de Direitos da mulher), o enriquecimento de urânio por alguns países, como no caso Irã, ou mesmo a participação da Palestina na Organização das Nações Unidas. Sobre este problema, não há dúvida de que, desde a revolução iraniana de 1979, quando surge a República Islâmica pelas mãos do Aiatolá Khomeini, passando pelos atentados de 11 de Setembro, até o atual governo de Ahmadinejad, as questões que envolvem religião e política ganham cada vez mais vigor.

Acrescente-se, ainda, que a escassez dos recursos naturais também é um grave problema do nosso século. A degradação ambiental cada vez mais acelerada pela ascensão econômica dos países emergentes, a expansão das demandas por recursos, além do aquecimento global cada vez mais agudo, são temas que teremos, necessariamente, de enfrentar com seriedade neste século.

Além disso, sob o aspecto político, já no início do século XXI, consolidar-se-ia a democracia liberal, matiz de uma conjugação temperada dos modelos social e

---

linha telefônica e de um modem. A comunicação das pessoas por este meio ultrapassa as fronteiras de cada país, fazendo que a informação circule pelo mundo como forma de viabilizar contratos sociais, políticos, comerciais etc. MALFATTI, Alexandre David. **Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 194.

liberal. Nota-se, portanto, que a consolidação de uma democracia representativa e plural é marca singular dos modelos políticos de Estado do nosso tempo[231].

Todos esses fatos ensejam o convite para a reflexão sobre a conveniência e adequação de uma política voltada, precipuamente, à oferta de favores sociais.

Feitos estes esclarecimentos sobre a atuação do Estado no plano social, avançaremos com o cotejo da contribuição do Estado na superação das crises econômicas.

Nesse passo, os conceitos de externalidade e *internalidade*, no nosso sentir, são fundamentais para a compreensão do fenômeno econômico, e da atuação do Estado diante dele.

A externalidade é efeito negativo sobre a economia, causado pela atuação de agentes econômicos ou mesmo por fatos não humanos.

Para neutralizar ou mesmo mitigar os efeitos da externalidade, contudo, é preciso realizar sua internalização.

Com efeito, a internalização poderá ser promovida pelos próprios agentes econômicos privados, atuantes ordinários do mercado, ou mesmo pelo Estado, isoladamente, ou em colaboração como terceiros.

Parte dos estudiosos sugere que a internalização das externalidades sociais seja realizada por uma economia do bem-estar, a partir de uma atitude *prestacionista* do Estado[232]; repare que neste ponto há íntima relação com a política do bem-estar social, assumida após a segunda grande guerra.

No entanto, pelo que vimos, esta postura exacerbadamente socialista e prestacionista do Estado não se mostraria adequada ao nosso tempo.

Assim, em contraposição às propostas 'prestacionistas', alguns pensadores, principalmente Richard Posner e Ronald Coase, sustentariam que o Estado deveria

---

[231] Curiosa é a metáfora utilizada por Edwin, para quem "(...) a sociedade democrática é um mercado, onde, da mesma forma que as mercadorias, as ideias são compradas e vendidas. Trata-se de mercado governado pelo principio do comércio livre. As ideias tem curso, e são expulsas do mercado apenas se incapazes de despertar prosélitos (...). Mas, da mesma forma que a lei proíbe praticas desleais na venda de mercadorias, compre-lhe defender o público consumidor na venda de ideias." EDWIN S. Newman, L. L.. B. **Liberdades e direitos civis**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 9.

[232] Vale lembrar que um dos entusiastas da economia do bem-estar foi o Professor Artur Pigou, titular da cadeira de economia e ciências políticas da Universidade de Cambridge. Apesar de estudarmos as teses do Prof. Pigou no âmbito do Direito financeiro e tributário, sua figura é importantíssima para o nosso tema. O Professor sugere que a internalização das externalidades seja instrumentalizada pelo sistema tributário. Assim, o sistema tributário seria um instrumento de contrabalanceamento, utilizado como meio para internalizar as externalidades - veja que esta questão remete, ainda que fugidiamente, ao caráter extrafiscal de alguns dos nossos impostos.

se abster das questões econômicas, e que a função do Direito seria apenas garantir a maior eficiência econômica, ou seja, permitir uma perfeita harmonia nas relações mercadológicas – discorre-se sobre *law as Market mimiker*[233].

Portando, o Direito, nesse recorte econômico, deveria apenas garantir que o mercado pudesse se auto-operar livremente[234].

Contidos os excessos, a tese é muito próxima do modelo econômico adotado no Brasil. Nesse ponto, deve o Estado, enquanto agente regulador, garantir mecanismos para que o empresário possa superar suas crises e manter a atividade empresarial no cenário econômico.

Contudo, levanta-se uma questão, qual tese deve prevalecer?

Pelo o que defenderemos, de modo ponderado, ambas as teses devem prevalecer, ao mesmo tempo, afastando-se o liberalismo radical, e o socialismo paternalista[235].

A propósito da questão, convém lembrar que do preâmbulo da Constituição Federal consta que os representantes do povo brasileiro, se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício[236] dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança,

---

[233] Essa perspectiva é conhecida como análise econômica do Direito, cujos estudos floresceram na Escola de Chicago.

[234] Segundo Kymlicka, "(...) para defender o mercado livre, ou qualquer outra coisa, fundamentando-se na liberdade, devemos exigir que especifique quais pessoas são livres para executar quais tipos de ato –e, então, pergunta por que estas pessoas tem um direito legitimo a estas liberdades – isto é, que interesses são promovidos por estas liberdades e qual descrição de igualdade ou de vantagem mutua nos diz que devemos atender a estes interesses dessa maneira. Não podemos excluir estas disputas especificas recorrendo a algum principio ou categoria de liberdade como tal." KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

[235] Em acréscimo às nossas considerações, são oportunas as ponderações de Mário Vargas Llosa. De acordo com o intelectual peruano, "(...) democracia política e livre mercado são dois fundamentos essenciais de uma postura liberal. Formuladas assim, no entanto, as duas expressões têm algo de abstrato e algébrico que as desumaniza e afasta da experiência das pessoas comuns. O liberalismo é mais, muito mais do que isso. Basicamente, ele é tolerância e respeito aos outros, e, principalmente, a quem pensa diferente de nós, quem mantém os outros costumes e adora outro deus ou simplesmente nenhum. Aceitar essa coexistência com aquele que é diferente foi o passo mais extraordinário dado pelos seres humanos no caminho da civilização, uma atitude ou disposição que precedeu a própria democracia e que a tornou possível, que contribui, mais do que qualquer descoberta científica ou sistema filosófico, para mitigar a violência e o instinto de dominação e de morte nas relações humanas. Que despertou a desconfiança natural do poder, de todos os poderes, desconfiança esta que é, nos liberais, uma espécie de segunda natureza." LLOSA, Mario Vargas. **Sabres e Utopias**: Visões da América Latina. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 302.

[236] No que se refere ao exercício dos direitos ligados à cidadania, são relevantes as seguintes considerações de Celso Lafer: "O direito à plena informação da cidadania, ainda que em certos casos defasado no tempo – que são as hipóteses de sigilo, por certo período, daquilo que é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado -, é mais do que um instrumento jurídico necessário para 'domesticar' a propensão ao realismo do poder do príncipe. É, como meio de conter a mentira dos

o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias[237].

Portanto, no nosso sentir, o Estado deve, ponderadamente, atuar na economia para garantir a livre iniciativa e a livre concorrência, sem, contudo, se olvidar dos paradigmas axiológicos da Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente a Dignidade da Pessoa Humana, a valorização do trabalho, a solidariedade social, a erradicação da pobreza, a proteção do ambiente, do consumidor etc[238].

---

governantes, uma expressão de justiça. Com efeito, a justiça tem entre os seus componentes inarredáveis o valor da igualdade. Esse valor a teoria democrática atualizou historicamente, afirmando o primado da veracidade na res publica, ao pressupor como norma geral da convivência humana politicamente ordenada a reciprocidade, e ao postular, consequentemente, na relação entre governantes e governados a exigência da 'igualdade de oportunidades' na aferição daquilo que é a gestão do interesse comum. É nesse sentido, para evocar o texto de Padre Antonio Vieira que a verdade, ao contrário da mentira, é filha legítima da justiça, porque a justiça dá a cada um o que é seu. No caso, dar a cada um o que é seu significa, democraticamente, tornar do conhecimento público, através de uma informação exata e honesta, aquilo que é e deve ser comum a todos: a res publica." LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. BIGNOTTO, Newton, et al. **Ética**: organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007, p. 333.

[237] Sobre o preâmbulo, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de esclarecer o seguinte: "Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que 'O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico' (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade." (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.). No mesmo sentido: "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa." (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.).

[238] A propósito da atuação proativa do Estado, notadamente para a efetivação dos paradigmas axiológicos da constituição, Fábio Nusdeo, destaca que "(...) o Estado não se conteve naquele papel de relativa neutralidade e platonismo. Aberto o caminho para a sua entrada no sistema, passa gradualmente a assumir um segundo papel, dentro do qual marca presença ao impor finalidades outras que não a de mero cumprimento de condições para superar as imperfeições anteriormente apontadas. Trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos bem definidos de política econômica para impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os naturais ou espontâneos, para se afeiçoarem às

Dito isso, para concluirmos, no que se refere à participação do Estado na crise da empresa, temos de ponderar o seguinte[239].

Como já apontamos, são muitos os fatores de deflagração da crise empresarial – e.g. o equívoco na política fiscal e tributária; o abuso das posições jurídicas ocupadas pelos protagonistas dos enredos empresariais; o abuso do poder econômico de agentes que atuam nesse campo; o descumprimento das orientações deontológicas que conformam a livre concorrência, dentre outros[240].

Nesse passo, considerando que a empresa desempenha uma relevante função social e econômica, o protagonismo econômico do Estado implicará oferta de meios de superação dessas crises[241].

Entre outros meios para a superação da crise empresarial, surge a cessação (unilateral) de pagamentos, utilizada pelo empresário em face dos seus credores[242].

Conceber modelos de cessação de pagamentos é interesse não só do Estado, mas também dos demais agentes econômicos, inclusive dos credores do devedor em crise.

Para o Estado é importante que a empresa permaneça ativa, pois continuará arrecadando tributos, gerando empregos, distribuindo renda, fortalecendo o mercado interno, vale dizer, exercendo sua função social.

Os credores também são interessados na cessação de pagamentos. Malgrado sofram limitações em seus créditos, eles preferirão um crédito mitigado a um inadimplemento total. Imaginem. Não há dúvida de que, apesar do plano de

---

metas fixadas." NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

[239] Sobre este problema, GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32, faz alguns acenos relevantes: a) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; b) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; c) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.

[240] Um dos exemplos mais evidentes de abuso realiza-se na manipulação do valor idiossincrático da empresa, resultando, muitas vezes, na disfunção sistêmica da liberdade de iniciativa. Apenas para relembrar, isto ocorre nos casos em que o empresário, numa perspectiva valorativa subjetiva, atribui à sua empresa valor excessivamente incongruente com as referências econômicas do mercado, ou seja, supervaloriza, excessivamente, sua empresa.

[241] Aliás, nada mais coerente do que reunir esforços, principalmente jurídicos, para manter a empresa, ou mesmo impedir a cessação da atividade empresarial; a despeito do sacrifício de alguns credores, a recuperação serve de eficiente auxílio à superação da crise empresarial, afastando-se a falência, e suas gravosas consequências sociais.

[242] Não tomemos a cessação de pagamento como um calote, um inadimplemento voluntário e irresponsável. Não. Trata-se de uma modalidade de limitar os Direitos creditórios para permitir a superação de uma crise aguda e pontual. A cessação de pagamentos, todavia, deve ser admitida temperadamente, com legitimidade na lei, ou normas do mercado.

recuperação judicial tolher parte dos seus Direitos, os credores receberão parcela de suas prestações, o que não aconteceria, provavelmente, caso houvesse a decretação da falência[243].

A recuperação judicial, neste caso, mostra-se extremamente eficiente ao alcance desses propósitos, autorizando-nos sustentar, inclusive, que além da correção dos desarranjos sistêmicos da economia ela serve à promoção e efetivação dos paradigmas axiológicos da Constituição Federal[244].

Após estes destaques, passaremos ao enfrentamento da Recuperação Judicial para, em seguida, apresentarmos nossos paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado contemporâneo no âmbito da Recuperação Judicial.

2.3 - Recuperação judicial

A título introdutório, pode-se dizer, em síntese, que a recuperação judicial é uma permissão legal concedida ao devedor empresário ou sociedade empresária em crise sob o controle do Poder Judiciário, com a finalidade de recuperar e preservar a empresa[245].

---

[243] Nessa, poderia até haver pagamento parcial, mas, todos sabem, as possibilidades são bem menores e desgastantes, do que a submissão a um plano de recuperação judicial.

[244] Sobreleva acentuar que, de acordo com Peralmen, "(...) são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o Juiz em busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, ao modo do presidente Magnaud, mas de uma maneira intersubjetiva, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar. O raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão se impõe, mesmo que pareça desarrazoada, mas não é tampouco simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. Pois, desse modo, o Juiz deixaria de ser atado pelo legislador, o que suprimiria a distinção tradicional entre o justo de lege data e o justo de lege ferenda. A tarefa que o Juiz se impõe é, portanto, a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico deverá apenas examinar os métodos que o Juiz utiliza para chegar a esse resultado." PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 114.

[245] Essencial lembrar, neste ponto, que empresa é atividade economicamente organizada, enquanto empresário é o sujeito que opera essa atividade, é aquele que organiza os fatores de produção. (Cf. Teoria geral da empresa e o critério analítico; art. 966 e segs. do CC). Malgrado possamos reconhecer a possibilidade de o empresário suportar uma crise, seja econômica, financeira ou patrimonial, neste ponto, tomaremos para análise a crise da própria atividade econômica, a crise da empresa. Portanto, quando há referência à crise da empresa, e sua eventual tutela jurídica, está-se ocupando de uma crise da própria atividade econômica. Para Waldemar Ferreira, inclusive nas questões que evolvem a atividade empresarial, "(...) é preciso dar aos juízes plena liberdade de julgamento, segundo seu discernimento de magistrados e de homens afeitos aos negócios, de molde a considerarem a situação, examinada em seu conjunto, como de cessação de pagamentos ou de simples parada na vida comercial." FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. Quarto volume. **A falência**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 47.

Ressaltamos que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica[246].

Logo, a finalidade do instituto da recuperação judicial é permitir a recuperação de empresários individuais e de sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da sua preservação.

Nota-se, entretanto, que a recuperação é reservada aos devedores que realmente se mostrem em condições de se recuperar, ou seja, dos devedores viáveis. Caso a situação do devedor se mostre insuperável, a única alternativa viável é a decretação da falência.

Apesar de ser categoria jovem no ordenamento jurídico brasileiro (a recuperação vem com a Lei 11.101/2005), a recuperação de empresas já vinha sendo utilizada desde o início da década de 1930, principalmente nos Estados Unidos, como artifício para minimizar os impactos da grande crise de 1929.

De uma forma analógica, a recuperação judicial se aproxima de uma Unidade de Terapia Intensiva – UTI.

Naturalmente, o empresário que sofre de uma patologia econômica grave, e pretende recobrar o seu fôlego econômico, precisa ser internado nessa Unidade de Terapia Intensiva.

Se o empresário não consegue superar as mazelas que repousaram sobre si, só lhe resta a morte, neste caso, a falência.

O empresário (*de cujus*), todavia, alcançará sua ressurreição quando, pela reabilitação, puder retornar à vida empresarial.

---

[246] Sobre a recuperação de empresas no direito estrangeiro - direito espanhol, direito francês, direito português, direito alemão, direito comunitário europeu, e direito norte-americano -, confira RESTIFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. Barueri: Manole, 2008, p. 13/24.

A recuperação judicial surge com a nova lei de falência (11.101/05) em substituição à figura da concordata[247], prevista na antiga lei de falências (dec. 7.661/45)[248].

Os principais paradigmas diferenciadores dos dois instrumentos jurídicos repousam, primeiramente, no fato de que, na recuperação judicial, diferentemente do que ocorria na concordata, há uma ampliação significativa dos meios de recuperação do empresário.

Na concordata, basicamente, previa-se a dilação de prazos para pagamento dos créditos.

Já na recuperação judicial, o empresário pode lançar mão de diversos meios, os mais criativos possíveis, para tentar viabilizar a sua recomposição econômica.

---

[247] Ao tratar da concordata, Vivante ressaltou que "(...) a concordata é uma convenção homologada pelo tribunal, com que os credores facilitam ao falido, mediante moratórias ou reduções, o pagamento dos seus débitos, colocando-o de novo à testa dos seus negócios (...). Mas esta importante vantagem concedida pela nova lei ao comerciante em más condições econômicas, para o ajudar, quanto seja digno disso, a sair da crise sem perder o seu credito e sem interrupção de sua atividade, não deve tornar-se uma ameaça ao interesse dos credores (...). Se o tribunal recusa a homologação da concordata, deve declarar oficiosamente a falência, sem exigir a prova de que o devedor cessou os seus pagamentos: por esta forma, em interesse de todos, ao mesmo tempo que se aplica um remédio pronto e enérgico à posição de um comerciante, que se revelou, além de arruinado, indigno do benefício da lei, obriga-se, sob ameaça da falência, a fazer todo o possível para que a concordata se conclua". VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 444/458/465.

[248] Destacamos que a Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de Código Comercial, no âmbito do Senado Federal, optou por não incorporar ao texto do Anteprojeto a matéria relativa à falência e recuperação de empresas disciplinada na Lei n. 11.101/05, limitando-se o Código a dispor sobre os princípios aplicáveis a este sub-ramo do direito comercial e à falência transnacional (...). Por outro lado, considerou a Comissão de Juristas que não "(...) não se deve perder a oportunidade proporcionada pelo Código Comercial de se introduzirem, na Lei n. 11.101/05, alterações pontuais visando o seu aperfeiçoamento (...) dos principais aspectos pontuais da Lei n. 11.101/05 que foram objeto de nova disciplina pelo Anteprojeto, destacam-se: (i) uniformização do critério de composição do Comitê de Credores, eliminando-se as diferenças entre os arts. 26 e 41; (ii) revisão do critério de composição das classes II e III do Comitê de Credores, tendo em vista que os credores com privilégio têm interesses mais próximos aos dos titulares de garantia real do que aos dos quirografários; (iii) obrigatoriedade do devedor apresentar, ao pedir a recuperação judicial, o seu livro "diário" e os livros auxiliares, conferindo maior transparência ao procedimento; (iv) possibilidade de o sindicato laboral concordar com o pagamento dos créditos trabalhistas do devedor em recuperação judicial em prazo superior a um ano; (v) eliminação da exigência de apresentação de certidões fiscais no processo de recuperação judicial, conforme assentado na jurisprudência; (vi) aperfeiçoamento do sistema de saneamento da empresa em recuperação judicial, mediante a alienação de filiais ou de unidades produtivas isoladas; (vii) melhoria dos estímulos à colaboração dos credores para a recuperação judicial do devedor, definindo a prioridade, no pagamento de créditos extraconcursais; (viii) mudanças na escolha do administrador judicial na recuperação judicial, possibilitando ao devedor que faça uma indicação de profissional de sua preferência, fixando que a nomeação, pelo juiz, é provisória, por estar sujeita à ratificação da assembleia dos credores e prevendo que cabe a esta a escolha definitiva; (ix) admissibilidade da prorrogação do prazo de suspensão das execuções contra o devedor em recuperação judicial, disciplinando a hipótese; (x) admissibilidade de o credor apresentar plano de recuperação, na omissão do devedor, após 60 dias do despacho de processamento, hipótese em que a aprovação independerá da concordância do devedor, bem como apresentar plano de recuperação judicial modificativo ou substitutivo perante a assembleia geral de credores (...)."

De outro turno, enquanto na concordata os credores assumiam uma situação de passividade diante do empresário, limitando-se a se submeter à dilação de prazos, na recuperação, os credores participam ativamente do plano de recuperação da empresa, protagonizando, de fato, um papel de efetivo contribuinte para o objetivo perseguido.

Ademais, enquanto na concordata contemplavam-se apenas os créditos quirografários, na recuperação judicial créditos de diversas naturezas poderão ser alcançados pelo plano.

Convém lembrar, inclusive, que o artigo 50 da lei de falências limita-se a arrolar um rol exemplificativo de medidas que podem ser tomadas pelo empresário que pretende se recuperar.

Do citado dispositivo percebe-se que constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, Constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os Direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; a alteração do controle societário; a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; a concessão aos credores de Direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; o aumento de capital social; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; a redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; a dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem Constituição de garantia própria ou de terceiro; a Constituição de sociedade de credores; a venda parcial dos bens; a equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; o usufruto da empresa; a administração compartilhada; a emissão de valores mobiliários; e, por fim, a Constituição de sociedade, de propósito específico, para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Embora o legislador, por ocasião da redação do mencionado artigo, tenha indicado um extenso elenco de medidas destinadas à superação da crise, como visto, nada impede que o empresário, a partir da sua criatividade operativa, conceba outros arranjos estratégicos para vencer suas dificuldades econômicas.

Com relação à *legitimidade* para o pedido de recuperação judicial, é de se pontuar que só poderá requerer a recuperação judicial aquele empresário, conforme os aspectos já colocados, que detiver legitimidade para figurar no polo passivo do pedido de falência[249].

Vale dizer, pode requerer recuperação judicial o empresário individual, as sociedades empresárias e a EIRELI.

Fica apenas a ressalva para as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Essas pessoas não poderão requerer a recuperação judicial, prevista na Lei 11.101/05, pois estão expressamente excluídas da sua incidência.

A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

---

[249] De acordo com o projeto do Código Comercial, a recuperação judicial somente pode ser pedida pelo empresário devedor, atendidos os requisitos da Lei Processual de Recuperação e Falência. Aliás, conforme o projeto, compete à Lei Processual de Recuperação e Falência disciplinar: I - os requisitos e procedimento da recuperação judicial, da homologação da recuperação extrajudicial e da falência; II - o procedimento especial de recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte; III - a ação revocatória, o pedido de restituição, a verificação de créditos e demais incidentes; e IV - demais disposições relativas à recuperação de empresa e falência, não previstas neste Código. A respeito da ação revocatória, aliás, confira o seguinte aresto do STJ: Os valores a serem restituídos à massa falida decorrentes da procedência de ação revocatória não podem ser compensados com eventual crédito habilitado no processo de falência pelo réu condenado. Isso porque à ação revocatória subjaz uma situação de ilegalidade preestabelecida em prejuízo da coletividade de credores, ilegalidade que não pode beneficiar quem a praticou, viabilizando satisfação expedita de seus créditos. Nessa ordem de ideias, a ação revocatória, de eficaz instrumento vocacionado à restituição de bens que escoaram fraudulentamente do patrimônio da falida, tornar-se-ia engenhosa ferramenta de lavagem de capitais recebidos em desconformidade com a par conditio creditorum. Ademais, a doutrina vem apregoando que as hipóteses legais que impedem a compensação do crédito perante a massa não estão listadas exaustivamente no art. 46 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (correspondente, em parte, ao art. 122 da Lei n. 11.101/2005). Aplicam-se também ao direito falimentar as hipóteses que vedam a compensação previstas no direito comum, como aquelas previstas nos arts. de 1.015 a 1.024 do CC de 1916, entre as quais se destaca a compensação realizada em prejuízo de direitos de terceiros (art. 1.024). REsp 1.121.199-SP, Rel. originário Min. Raul Araújo, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/9/2013.

Sociedade em comum, nos termos do artigo 986 do Código Civil, não pode pedir recuperação judicial.

Acrescente-se que o menor emancipado, por exercer atividade empresarial, a princípio não pode pedir recuperação judicial, exceto se for emancipado, com 16 anos completos, nos termos da regra do art. 974, CC, ao continuar a atividade empresarial.

Além disso, aquele que não estiver cumprindo concordata poderá pedir recuperação judicial. Lembre-se, no entanto, que concordata poderia ser suspensiva ou preventiva. A suspensiva ocorria depois da decretação da falência, enquanto que a preventiva ocorria antes da decretação da falência. (Art. 2º, § 2º Lei). O falido não pedir recuperação judicial, como visto. Assim, quem estiver sob concordata preventiva pode pedir recuperação judicial, ao contrário de quem gozar dos favores da concordata suspensiva, quando já se teve uma sentença de falência.

Sobre os *créditos submetidos à recuperação*, ressalte-se que estão sujeitos à recuperação judicial, em regra, todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos[250].

Todavia, não estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos

[250] Sobre esta questão, confira o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: Os créditos derivados de honorários advocatícios sucumbenciais estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, mesmo que decorrentes de condenação proferida após o pedido de recuperação. De fato, essa verba não pode ser considerada como "créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial" (art. 49 da Lei 11.101/2005) na hipótese que tenha nascido de sentença prolatada em momento posterior ao pedido de recuperação. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para excluí-la, automaticamente, das consequências da recuperação judicial. Cabe registrar que possuem natureza alimentar os honorários advocatícios, tanto os contratualmente pactuados como os de sucumbência. Desse modo, tanto honorários advocatícios quanto créditos de origem trabalhista constituem verbas que ostentam natureza alimentar. Como consequência dessa afinidade ontológica, impõe-se dispensar-lhes, na espécie, tratamento isonômico, de modo que aqueles devem seguir – na ausência de disposição legal específica – os ditames aplicáveis às quantias devidas em virtude da relação de trabalho. Assim, em relação à ordem de classificação dos créditos em processos de execução concursal, os honorários advocatícios têm tratamento análogo àquele dispensado aos créditos trabalhistas. É necessário ressaltar que os créditos trabalhistas estão submetidos aos efeitos da recuperação judicial, ainda que reconhecidos em juízo posteriormente ao seu processamento. Dessa forma, a natureza comum de ambos os créditos – honorários advocatícios de sucumbência e verbas trabalhistas – autoriza que sejam regidos, para efeitos de sujeição à recuperação judicial, da mesma forma. Sabe-se que o art. 24 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários quando se constatar a ocorrência de "concurso de credores, falência, liquidação extrajudicial, concordata ou insolvência civil". É importante ressaltar que o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) é anterior à publicação da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005), de modo que, por imperativo lógico, não se poderia exigir que vislumbrasse nas hipóteses de concessão de recuperação judicial. REsp 1.377.764-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/8/2013.

contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os Direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. Não se permitirá, contudo, durante o prazo de suspensão das execuções, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Em seguida, no que se refere aos *requisitos* para o pedido de recuperação judicial, antes de tudo, acentue-se que poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente.

Primeiramente, o requerente não pode ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades[251] daí decorrentes. Quanto à expressão falido, a lei refere-se ao empresário individual, de modo que, em se tratando de sociedades empresárias, seria óbice ao deferimento de seu pedido a existência de sócios de responsabilidade ilimitada que já tenham tido sua falência decretada anteriormente ou que tenham participado de outra sociedade que teve a falência decretada.

Ademais, não pode ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial e não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de recuperação de micro e pequenas empresas. Neste ponto, até que a Lei de Falências tivesse completado cinco anos de vigência, deveria ser aplicado o referido dispositivo aos casos em que o devedor já tiver obtido o benefício da concordata.

Além disso, se o empresário sofreu condenação, como administrador ou sócio controlador, por qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências, já deve ter sido reabilitado. Neste caso, se um sócio minoritário sem poder de controle ou administração já tiver sido condenado por crime falimentar, tal circunstância, por si só, não obsta que o Juiz defira o pedido de processamento da recuperação judicial

[251] Não é custoso lembrar, a propósito, que "(...) a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente despersonalizado." BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 15.

da sociedade, pois o impedimento só incidirá no caso de sócio administrador ou controlador da sociedade.

Anote-se que alguns defendem que além dos requisitos acima, a regularidade das obrigações tributárias também se faria necessária à concessão da recuperação judicial, pois, uma vez aprovado o plano, a lei exigiria que o devedor apresentasse certidões negativas de débitos tributários, de modo que nada valeria a aprovação do plano, inclusive, por inexistir lei expressa sobre parcelamento de débitos tributários a empresas ou empresários em recuperação judicial[252].

Sobre a *atuação da empresa em crise* durante o processo de recuperação judicial, pondere-se que o devedor em crise não perde, em princípio, a administração dos negócios empresariais[253]. A Lei de Falências e Recuperações prevê, inclusive, que durante o procedimento de recuperação judicial o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I - houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falências anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II - houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III - houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV - houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais

[252] O projeto de código comercial prevê que se o devedor preencher os requisitos para o pedido de recuperação judicial, também poderá propor e negociar com credores um plano de recuperação extrajudicial. Aliás, o devedor poderá requerer a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, na forma da Lei Processual de Recuperação e Falência. Ressalva-se, contudo, que o plano de recuperação extrajudicial não poderá contemplar: I - créditos de natureza trabalhista, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho; II - créditos fiscais, tributários ou não tributários passíveis de inscrição na dívida ativa; III - créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial; IV - o pagamento antecipado de dívidas; nem dar - V - tratamento desfavorável aos credores que a ele não aderiram, salvo se homologado judicialmente na forma da Lei Processual de Recuperação e Falência.

[253] A propósito, com relação aos negócios jurídicos empresariais, o anteprojeto do Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional, "(...) contempla certas regras específicas da validade do negócio jurídico empresarial: (a) os nulos são passíveis de confirmação, por retificação ou ratificação, a qualquer tempo, ainda que já iniciada a ação de nulidade; (b) como regra geral, eles convalescem com o decurso do tempo, quando prescrita a pretensão de invalidá-los; (c) a declaração da nulidade ou decretação da anulação não projeta efeitos retroativos, salvo por vontade das partes; (d) não há nulidade sem prejuízo, ou mesmo se este for de pequena monta; (e) não são causas de anulação do negócio jurídico empresarial a lesão por ignorância ou a insolvência do declarante; (f) a nulidade ou anulação do ato constitutivo de sociedade importa sua dissolução; (g) a nulidade ou anulação do voto proferido em órgão colegiado deliberativo da estrutura de sociedade, regularmente convocado e instalado, não será declarada ou decretada se o resultado da votação permanecer inalterado (...). Também prevê o Anteprojeto regras próprias para a interpretação dos negócios jurídicos empresariais, com destaque para os usos e costumes e a presunção de onerosidade (...)."

manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de Direito ou amparo de decisão judicial; V - negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI - tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

No entanto, verificada qualquer das hipóteses apresentadas, o Juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

Quando do afastamento do devedor, segundo a lei, o Juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se lhe, no que couberem, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial. O administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha deste. Na hipótese de o gestor indicado pela assembleia geral de credores recusar ou estar impedido de aceitar o encargo para gerir os negócios do devedor, o Juiz convocará, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, contado da recusa ou da declaração do impedimento nos autos, nova assembleia geral.

Relevante ponderar, ademais, algumas questões sobre o *pedido de processamento da Recuperação Judicial*[254].

[254] Sobre o Processo Empresarial é relevante notar que, segundo o Anteprojeto do Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional, "(...) em sua especificidade, o direito comercial não contempla exclusivamente princípios e regras de direito material, mas igualmente as processuais. É imemorial o tempo em que a execução concursal especializou-se na falência, para o devedor empresário (comerciante). Regras próprias para o processo judicial versando questões de direito societário, igualmente, são antigas (...) o anteprojeto, no Livro V da Parte Especial, dispõe sobre o processo empresarial. São normas cuja aprovação contribuirá para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil e atração de investimentos, por incorporarem institutos, adaptando-os, com os quais estão familiarizados os investidores globais. Principalmente, no campo da produção de provas, sejam documentais (as partes podem contratar um disclosure inicial), periciais (os peritos das partes definem os pontos de convergência e apenas escolhem um terceiro perito para os de divergência) ou testemunhais (institui-se o exame prévio das testemunhas e sua inquirição direta pelo advogado da outra parte) (...). No campo das ações judiciais societárias, disciplina-se a dissolução parcial de sociedades limitadas, cria-se a ação ou incidente de superação de impasses nos conflitos societários e sintoniza, com os padrões geralmente aceitos nos mercados globais, a de invalidação de deliberações assembleares, inclusive conexas, a ação de responsabilização dos administradores,

Primeiramente, a petição inicial de recuperação judicial deverá ser instruída com os seguintes dados: exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de balanço patrimonial; demonstração de resultados acumulados; demonstração do resultado desde o último exercício social e relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Neste caso, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica; relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm Direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possuem filial; a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Após ser instruído com todo este acervo documental, o pedido de recuperação judicial será veiculado ao *Juízo competente* para conhecer, processar e

além de regular a execução específica dos acordos de acionistas ou de quotistas (...) procedimentos próprios do direito comercial marítimo, como o embargo de embarcação, a limitação de responsabilidade e a execução de frete, são igualmente previstos e disciplinados (...). Ademais, o Anteprojeto disciplina a falência transnacional, estabelecendo os mecanismos de cooperação dos juízos falimentares, que se mostra essencial na era contemporânea, em que os desvios de patrimônio ganham alcance global (...)".

julgar a falência do empresário, vale dizer, o lugar em que se encontra o principal estabelecimento do empresário[255].

Para a lei falimentar, no entanto, considera-se principal estabelecimento do empresário[256] o local onde se concentrar o maior volume dos negócios da empresa. Já o juízo competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Sobre o tema, confira o enunciado nº 480 da Súmula da Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça: "O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa."

Estando em termos a documentação exigida, o Juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, tomará as seguintes medidas.

- Nomeará o administrador judicial;

- Dispensará da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios;

- Suspenderá todas as ações ou execuções contra o devedor pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações que demandam quantias ilíquidas, as ações trabalhistas, as execuções de natureza fiscal, que não são suspensas pelo

---

[255] O entendimento jurisprudencial pode ser notado, de forma ilustrativa, pelo seguinte aresto. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. COMPETÊNCIA. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO. A competência para apreciar pedido de recuperação judicial de grupo de empresas com sedes em comarcas distintas, caso existente pedido anterior de falência ajuizado em face de uma delas, é a do local em que se encontra o principal estabelecimento da empresa contra a qual foi ajuizada a falência, ainda que esse pedido tenha sido apresentado em local diverso. O foro competente para recuperação e decretação de falência é o do juízo do local do principal estabelecimento do devedor (art. 3º da Lei n. 11.101/2005), assim considerado o local mais importante da atividade empresária, o do maior volume de negócios. Nos termos do art. 6º, § 8º, da Lei n. 11.101/2005, a "distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor". Porém, ajuizada a ação de falência em juízo incompetente, não deve ser aplicada a teoria do fato consumado e tornar prevento o juízo inicial, considerando que a competência para processar e julgar falência é funcional e, portanto, absoluta. Precedente citado: CC 37.736-SP, DJ 16/8/2004. CC 116.743-MG, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/10/2012. 2ª Seção.

[256] Certamente, o principal estabelecimento "(...) não pressupõe o estabelecimento mais avantajado ou onde estão localizadas as principais instalações. Pode uma grande manufatura da empresa estar situada em uma cidade e, no entanto, o principal estabelecimento consistir num escritório de dimensões modestas, em cidade diferente, onde esteja instalado e atue o empresário na administração do negócio." REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285.

deferimento da recuperação judicial, eximida a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica[257];

- Determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores e ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas, Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento;

- Ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial (este deverá conter, além do resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial, a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito, e a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos).

Vale lembrar que o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia geral de credores.

Atente-se para o fato de que, após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou Direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo Juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

---

[257] Confira o enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor." Sobre o tema também é o enunciado nº 43 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor"; ainda sobre a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias é oportuna a menção da flexibilização desta regra, de acordo com a jurisprudência: DESPACHO E PROCESSAMENTO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DEFERIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. Em regra, uma vez deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005. Precedentes. 2. No tocante ao sugerido comprometimento do Juízo goiano para processar e julgar a recuperação judicial, certo é que os fatos comunicados nos autos do CC 103.012/GO pela empresa Xinguara Indústria e Comércio S/A em relação ao magistrado que atuava na 2ª Vara Cível e Fazendas Públicas e Registros Públicos de Rio Verde/GO estão sendo investigados pela respectiva Corregedoria Regional, por determinação da ilustre Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, encontrando-se a aludida Vara, atualmente, sob a responsabilidade de outra magistrada. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no CC 119624 / GO, julgado em 13/06/2012).

Por outra banda, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverão ser acrescidos, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial". Aliás, o Juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente[258].

Deferido o processamento da recuperação, deverá o plano de recuperação ser apresentado pelo devedor, em juízo, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, estes contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência[259].

Entrementes, a verificação e habilitação dos créditos seguem o mesmo procedimento do processo falimentar. Anote-se que qualquer credor pode pedir a habilitação do crédito, não havendo necessidade de representação por advogado. Anteriormente, o pedido de habilitação era encaminhado ao Juiz, atualmente, será encaminhado diretamente ao administrador judicial. É importante ressaltar, todavia, que o procedimento de verificação e habilitação dos créditos não é feito com a finalidade de colocar os credores em ordem para recebimento dos seus créditos, mas somente para legitimá-los a participar da assembleia geral de credores.

No que se refere ao plano de recuperação judicial, propriamente dito, primeiramente, ele não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho, ou decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação judicial[260].

---

[258] Sobre a questão do nome empresarial, o Anteprojeto do Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional realçará que, "(...) ao contrário do nome civil, o empresarial não é projeção da personalidade do sujeito, mas bem integrante do seu patrimônio, elemento do estabelecimento. Esta sua classificação é incorporada pelo Anteprojeto de modo completo. O nome empresarial é disciplinado no Título I do Livro III da Parte Geral, que trata dos bens do empresário. Ademais, substitui-se a regra de imprescritibilidade da ação de anulação, constante do Código Civil em decorrência de sua classificação, neste diploma, como direito da personalidade (CC, arts. 16 e 1.167), pela da prescritibilidade (art. 99). Também, em razão deste entendimento da matéria, prevê-se a caducidade do registro, passível de cancelamento em razão do desuso do nome empresarial (art. 100) (...)."

[259] Vale conferir o contido no enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "O deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos".

[260] É conveniente a lembrança das previsões insertas no enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado".

Em segundo lugar, o plano não poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Ademais, o plano deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregada, a demonstração de sua viabilidade econômica, além do laudo econômico-financeiro, e da avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado, ou empresa especializada.

Conforme a liturgia procedimental, após a apresentação do plano, o Juízo ordenará a publicação de edital, contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação, oportunidade que fixará prazo para a manifestação de eventuais objeções, no prazo de 30 (trinta) dias.

Sem dúvida, nesse prazo de 30 (trinta) dias, qualquer credor poderá manifestar ao Juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial. O aludido prazo deverá ser contado a partir da publicação da relação de credores, a qual deve ser colacionada nos 45 (quarenta e cinto) dias seguintes ao prazo de habilitação (na recuperação judicial o prazo de habilitação é de 15 (quinze) dias).

Segundo a previsão das normas que disciplinam a matéria, havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o Juízo convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação[261].

Na recuperação judicial, a assembleia geral de credores terá por atribuições deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; a Constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; o pedido de desistência do devedor; o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; além de outras.

A assembleia geral será composta pelas seguintes classes de credores: credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; credores titulares de créditos com garantia real; credores titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégios gerais ou subordinados.

---

[261] Lembremo-nos do contido no enunciado nº 53 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “A assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial é una, podendo ser realizada em uma ou mais sessões, das quais participarão ou serão considerados presentes apenas os credores que firmaram a lista de presença encerrada na sessão em que instalada a assembleia geral”.

De acordo com o projeto de código comercial, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, na assembleia geral dos credores, quando convocada, devem todos os participantes colaborar, com boa-fé, para a instalação de um ambiente de negociação propício à recuperação da empresa em crise. Além disso, devem ser aplicadas à assembleia geral de credores, no que couberem, as normas relativas à assembleia geral de acionistas da sociedade anônima.

Se houver rejeição do plano pela assembleia geral, dependendo de algumas contingências expressamente previstas na lei, o Juiz poderá conceder a recuperação judicial ou decretar a falência[262].

Assim, o Magistrado poderá conceder recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 da Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei.

Nesse caso, contudo, a recuperação judicial somente poderá ser concedida se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Assinalamos, todavia, que a falência do empresário poderá ser incidentalmente decretada nos seguintes casos: por deliberação da assembleia geral de credores; pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação, no prazo de 60 (sessenta) dias; quando houver sido rejeitado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores; por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação.

De outro passo, havendo aprovação pela assembleia geral, conforme o quórum indicado, o Magistrado, conforme uma interpretação textual das normas informativas da matéria ficaria vinculado à concessão da recuperação judicial[263].

---

[262] Destacamos que, segundo o projeto de Código Comercial, a rejeição do plano pela assembleia geral de credores acarreta a cessação da suspensão da tramitação das ações e execuções contra o empresário devedor, mas não é fundamento suficiente para a decretação da falência.

[263] A posição da jurisprudência pode ser ilustrada com o seguinte aresto: RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES.

Esta suposta vinculação do Juiz será objeto de nossa crítica no capítulo seguinte[264].

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários.

Muitos autores criticam essa exigência da lei falimentar, destacando que em diversas ocasiões o passivo tributário do devedor é justamente uma das razões de sua crise. Ademais, tem-se entendido que essa regra só poderá ser aplicada quando for editada a lei específica que trata do parcelamento de crédito tributário para devedores em recuperação.

Porém, há previsão expressa de que as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional[265].

Sobre os efeitos da decisão cumpre ressaltar que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e vincula o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo do oferecimento de garantias.

INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1314209 / SP, julgado em 22/05/2012).

[264] Sobre o tema, merece destaque o enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade". No mesmo sentido é o enunciado nº 45: "O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito". Contudo, ao contrário do que defendemos é o enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "Não compete ao Juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores". Embora referindo-se à concordata, oportunas são as ponderações de Vivante, sobre os votos dos credores: "O voto dos credores deve ser honesto e leal: se algum deles vender o seu voto para obter vantagens especiais, é punido com a pena de prisão ou multa, e tem de restituir à massa o que recebeu." VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 445.

[265] Digno de realce é o enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN". Sobre o tema é também o texto do enunciado nº 56 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário".

Igualmente, na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Ademais, a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do caput da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Se dentro do prazo de 2 (dois) anos ocorrer o descumprimento de alguma das obrigações, o Magistrado poderá convolar a recuperação em falência. Se o descumprimento da obrigação ocorrer depois da sentença de encerramento, não haverá convolação, pois o processo já estará encerrado. Neste caso, o credor poderá ajuizar uma ação de execução (considerando que a decisão judicial é título executivo) ou então propor demanda falimentar com base no artigo 94, II, da Lei de Falências.

Finalmente, se judicialmente concedida, o devedor permanecerá em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano, vencidas em até 2 (dois) anos, após a concessão da recuperação judicial.

Cumpridas as obrigações vencidas no prazo indicado, o Juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará: o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do respectivo relatório; a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; e, por fim, a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Vencidas estas questões, seguiremos na direção de uma análise crítica do tratamento legislativo do controle jurisdicional do plano de recuperação judicial.

2.4 - Análise crítica do tratamento legislativo do controle jurisdicional do plano de recuperação judicial

Como vimos, de acordo com a previsão legal, a atuação do Magistrado diante do plano de recuperação judicial é extremamente limitada pela norma.

Havendo aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia geral, conforme o quórum indicado, o Magistrado, de acordo com uma interpretação textual das normas informativas da matéria, ficaria vinculado à concessão da recuperação judicial, sem espaço para qualquer juízo de valor sobre sua pertinência, inclusive com a função social da empresa e os demais interesses constitucionalmente assegurados[266].

É justamente a pretensa vinculação do Juiz às deliberações dos credores que receberá nossas críticas.

Não se pode, de ciência certa, dizer quais os benefícios ou malefícios advindos da aprovação de um plano de recuperação. Por isso, o Magistrado deve tomar a devida cautela sempre que se debruçar sobre as questões pertinentes. Não se trata de cautela exacerbada, tampouco uma idolatria irracional ao medo[267], o que

---

[266] Nesse sentido, a Jurisprudência revela seu posicionamento pelo seguinte aresto: RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1314209 / SP, julgado em 22/05/2012).

[267] Tendo em conta que esta tese é desenvolvida no campo da filosofia, entendemos pertinente indicar o pensamento filosófico a respeito de alguns temas, ainda que laterais ao propósito central da nossa pesquisa. Assim, sobre o medo, realçamos o seguinte pensamento de Nietsche: "Porque o medo – é o sentimento hereditário e fundamental do homem; pelo medo, tudo se explica, o pecado original e a virtude original. Do medo nasceu também a minha virtude, que se chama: ciência (...). Esse longo, antigo, finalmente, afinado e espiritualizado – é o que hoje em dia, creio, se chama: ciência. Assim falou o homem consciencioso. Mas Zaratustra, rebateu: vou já virar a tua verdade de cabaça para baixo. O medo, com efeito – é a nossa exceção. Mas coragem, gosto pela aventura, pelo incerto, pelo que ainda não foi ousado – coragem parece-me toda a pré-história do homem." NIETSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução: Mário da Silva. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987, p. 304. Ainda sobre a questão, é digna de nota a seguinte tira da obra de Shakespeare: Perdita (filha de Leontes, Rei da Cicília) Ato IV – Cena IV: "(...) eu não estava com medo em demasia, pois uma ou duas vezes estive por falar e dizer a ele com todas as letras que o mesmíssimo sol que brilha em sua corte mostra-se o semblante também em nossa cabana (dirigindo-se a Florizel – Princípe da Boemia.) SHAKESPEARE, William. **Contos de inverno**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 217.

se pretende é evitar uma desatinada homologação do plano, menos voltada ao interesse social que aos interesses dos credores[268].

A atuação cegamente orientada pelo espectro textual da Lei 11.101/05, numa idolatria servil ao interesse privado, em desamparo às pretensões maiores da sociedade, pressupõe retrocesso às raias da exegese.

Naturalmente, deve haver uma atuação constitucionalmente compreendida, desgarrada da rigidez apriorística do modelo, e construída com os olhos do seu tempo; se assim não o fizermos, teremos um embuste, uma atuação mecanizada, a serviço de uma burocracia tirânica e democraticamente desajustada[269].

Neste momento, nos toca realizar uma breve reflexão acerca do tema.

Notamos que, desde os primeiros modelos de organização política da sociedade, o controle sobre os fatores econômicos estivera na pauta das maiores tensões sociais.

Com a institucionalização estrutural da sociedade, e a assunção de sua liderança por um determinado sujeito, ou grupo de sujeitos, invariavelmente, passa-se às mãos dessa(s) liderança(s) a deliberação sobre o destino de recursos disponíveis na sociedade.

---

[268] Sobre a atuação Juiz, Marinoni destacou que o Magistrado "(...) para bem exercer a jurisdição, deve possuir os instrumentos e os poderes para tanto. O Juiz do Estado contemporâneo não só tem o chamado poder de polícia (consistente no poder de ordenar o processo, ou seja, de determinar, sem requerimento, que o advogado de uma das partes entregue os autos do processo que indevidamente retém, ou, ainda, por exemplo, que uma pessoa que está tumultuando a audiência seja retirada da sala) como também os poderes de, sem requerimento da parte, isto é, de ofício, penalizar o litigante de má-fé, determinar proba para melhor elucidação dos fatos e determinar a medida para assegurar o resultado útil do processo. O direito liberal clássico, que evidentemente não concebia a intervenção do Estado na esfera dos particulares, refletiu-se na jurisdição, espelhando a fulgura de um Juiz inerte, que deixava a sorte do processo unicamente às partes, sem nele poder interferir nem mesmo para determinar de ofício uma prova (...) com o Estado social, intensifica-se a participação do Juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das regras do jogo, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo." MARINONI, Luiz Guilherm et al. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 58/61.

[269] Nesta perspectiva, Dotti ressaltou que "(...) a evolução dos mecanismos técnicos que tornaram possível o aproveitamento da informática criou no homem uma necessidade de reação contra algo de extraordinário que há bem pouco tempo não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento natural da personalidade. Não se trata apenas da existência de meios capazes de levar à destruição material da humanidade, mas também, e fundamentalmente, da colocação à disponibilidade de certos órgãos, instrumentos tecnológicos aptos, por si sós, a reduzir o homem à qualidade de simples peça de uma máquina de produção burocrática." DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980, p. 251; No mesmo sentido, Garcia apontou que "(...) ideias e métodos novos suscitam resistências, e a esta vicissitude não escapou a informática jurídica, frequentemente acusada de pretender a mecanização do Direito, a "robotização" da Justiça e outras maldades análogas." GARCIA, Dinio de Santis. **Introdução à Informática Jurídica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976, p. 15.

Dessa forma, seja do ponto de vista individual, seja numa perspectiva coletiva, as decisões sobre disposição e alocação de recursos acabam passando, ainda que em parte, pelas lideranças da sociedade.

São essas lideranças - ou detentores do poder, como preferiria Marx[270] -, os centros de deliberação sobre os modelos operativos de recursos na sociedade.

Seguramente, dependendo da forma de governo e de regime político, esses sujeitos, que aqui chamamos genericamente de "lideranças", poderão atuar livremente ou deverão (ou deveriam) protagonizar papéis conforme o enredo proposto por outros membros do grupo[271].

Não resta dúvida, portanto, que são os detentores do poder, dentro da sociedade, que vão conduzi-la conforme suas vontades.

No caso de uma democracia representativa, como a nossa, é o povo que propõe o enredo, e os representantes do povo apenas atuam de acordo com ele.

Por conseguinte, a alocação e gestão dos recursos deverão ser pautadas pelos interesses do povo, detentor do poder.

Dessa forma, o Magistrado, como guardião da Constituição e da soberania popular, não estaria cumprindo satisfatoriamente o seu papel se estivesse plenamente vinculado à vontade de pequenos grupos, ainda que contrário ao interesse maior da sociedade.

Em outros termos, aceitando que o Magistrado está plenamente vinculado à deliberação dos credores no plano de recuperação judicial, consentiremos,

---

[270] A burguesia estaria compreendida neste grupo. Aliás, de acordo com Marx, "(...) por burguesia entendemos a classe dos capitalistas modernos, proprietários dos meios de produção social e empregadores do trabalho assalariado. Por proletário, a classe dos operários assalariados modernos que, não possuindo meios próprios de produção, reduzem-se a vender a força de trabalho para poder viver. (nota de Engels à edição inglesa de 1888)." MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista (1848)**. Tradução Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 23.

[271] Quando de suas considerações sobre o tema, John Stuart Mill asseverou o seguinte: "(...) Não considerei necessário insistir aqui naquela função do governo que todos admitem ser indispensável, a saber, a de proibir e punir nos indivíduos aquela conduta que, no exercício de sua liberdade, for manifestamente lesiva a outras pessoas, trate-se do caso de força, fraude ou negligência. Mesmo na melhor condição que a sociedade já atingiu, é lamentável pensar quão grande é a percentagem de todos os esforços e talentos existentes no mundo que são utilizados simplesmente para neutralizarem-se uns aos outros. A meta apropriada do governo deve consistir em reduzir esse infeliz desperdício ao mínimo possível, adotando as providências que façam com que as energias atualmente gastas pela humanidade em prejudicar os outros, ou então em se proteger contra as injustiças de outrem, sejam canalizadas para o emprego legítimo das faculdades humanas, a saber, o de compelir as forças da natureza a servirem cada vez mais ao bem físico e moral." MILL, John Stuart. **Princípios da economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 548.

igualmente, que o interesse social pode ser relegado ao segundo plano, tão somente, por uma suposta obrigatoriedade textual da lei.

Convém ponderar, em arremate, que o Magistrado, quando da atuação perante o plano de recuperação judicial, deve atentar para o fato de que o artigo 3º, da Constituição Federal[272] prevê que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária[273];

II - garantir o desenvolvimento nacional[274];

---

[272] Não é difícil notar que "(...) o constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Tal fato dá relevo às potencialidades do direito constitucional, e suas possibilidades interpretativas. Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente." BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 274/276.

[273] Sobre este ponto, é simbólico o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal: "Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI). Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29-6-1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. A autora, associação de associações de classe, teve sua legitimidade para aJuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.); no mesmo sentido: "O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18-2-2005" (RE 415.454 e RE 416.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-2-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007.). No mesmo sentido: RE 603.344-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; AI 676.318-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; RE 540.513-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009; da mesma forma: "A CR, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei 8.441/1992." (ADI 1.003-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-8-1994, Plenário, DJ de 10-9-1999.)

[274] Nesse sentido, o STF já disse que: "Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais[275];

IV - promover o bem de todos[276], sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[277].

---

federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de 'desenvolvimento nacional' tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena." (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.); do mesmo modo: "A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações." (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006).

[275] Sobre o mote, o STF se posicionou da seguinte forma: "A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, II e III, da CF. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais." (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008); da mesma forma: "Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, DJ de 30-4-1993).

[276] Sobre o 'bem de todos', reputamos adequado colacionar as seguintes considerações de Zizek: "(...) Hoje, a noção de que 'a era do Estado de Bem-estar social passou' é uma sabedoria comumente aceita. O que essas duas ideologias têm em comum é a noção de que a humanidade, como sujeito coletivo, tem a capacidade de limitar, de certo modo, o desenvolvimento sócio histórico anônimo e impessoal, de desvia-lo para a direção desejada. Hoje, essa noção é rapidamente rejeitada como 'ideológica' e/ou 'totalitária': o projeto social, mais uma vez, é percebido como dominado por um Destino anônimo, fora do controle social. A ascensão do capitalismo global nos é apesentada como um Destino desse tipo, contra o qual não podemos lutar – ou nos adaptamos a ele ou perdemos o passo da historia e somos esmagados. A única coisa que podemos fazer é tornar o capitalismo global o mais humano possível, lutar pelo 'capitalismo global com um rosto humano' (em ultima analise, a terceira via é – ou melhor, era – isso). Aqui, será preciso romper a barreira do som, será preciso correr o risco para endossar, mais uma vez, grandes decisões coletivas." ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011, p. 452/453.

[277] Ao apreciar questões que envolvem esta norma, o STF decidiu que "(...) o fato de o réu não residir no distrito da culpa não constitui, por si só, motivo bastante para justificar a denegação do direito de recorrer em liberdade. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma proveu recurso ordinário em habeas corpus para garantir aos recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos, o direito de permanecerem em liberdade, até o eventual trânsito em julgado da sentença condenatória. (...) Consignou-se que constituiria discriminação de ordem regional, vedada pelo art. 3º, IV, da CF, considerar o fato de a residência do réu não estar localizada no distrito da culpa. (RHC 108.588, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-9-2011, Segunda Turma, Informativo 640.); na mesma perspectiva: "Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do

Conclusão

Neste capítulo, cuidamos da Recuperação Judicial.

Inicialmente, considerando a importância da economia para a vida em sociedade, inclusive no aspecto jurídico, estudamos as origens do fenômeno econômico, a gestão de recursos e sua implicação no exercício das lideranças no seio da sociedade.

Logo após, por reconhecermos a influência da econômica na (con)formação da sociedade e do Estado, investigamos a posição do Estado diante das crises econômicas, sem deixar de obtemperar a variabilidade dos modelos de atuação do Estado nesta seara. Podemos notar que, sesse ponto, acrescentamos algumas ponderações sobre os Estados Social e Liberal.

Pontuamos, também, as notas essências da empresa, enquanto atividade econômica, sem nos olvidarmos das consignações de destaque para sua função social.

Ao ensejo das ponderações dispensadas por ocasião da análise sobre as questões econômicas e empresariais, nos debruçamos sobre crise empresarial e os instrumentos para sua superação.

---

preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme a Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva". (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 18-9-2012, Primeira Turma, DJE de 2-10-2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

Naturalmente, entre os diversos instrumentos utilizáveis para a superação das crises empresarial, salientamos, criticamente, a importância da Recuperação judicial como legítimo instrumento para este propósito.

Ao final, consignamos nossas críticas ao tratamento legislativo dispensado ao controle jurisdicional do plano de recuperação judicial e, neste azo, deixamos nossas propostas de mudança.

CAPÍTULO III - PARADIGMAS PARA O PROTAGONISMO COGNOSCITIVO DO MAGISTRADO CONTEMPORÂNEO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste capítulo desenvolveremos críticas e apresentaremos paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do Magistrado contemporâneo perante o plano de recuperação judicial[278].

A apresentação dos mencionados paradigmas dar-se-á pela abordagem dos seguintes temas: A assunção da atitude filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado - análise crítica para a atuação humanizada e emancipatória; Considerações sobre a topografia epistemológica do direito; A pessoa humana como referência da Jurisdição; A historicidade, a cultura e o direito - apontamentos para o protagonismo do Magistrado conforme a cultura e os valores de seu tempo; Operação procedimental das questões jurídicas e a utilização do procedimento para a compreensão do fenômeno jurídico; A utilização reunida dos saberes e o reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento; Compreensão

[278] A propósito, nossas considerações se alinham às perspectivas apresentadas pela Min. Eliana Calmon, sobre o Poder Judiciário. Questionada sobre o que seria necessário para melhorar o Judiciário, a Ministra Eliana Calmon, em entrevista concedida no STJ em 15/12/2013, respondeu o seguinte: "(...) Precisamos de maior compreensão da posição política que ocupa hoje o Poder Judiciário. O juiz não pode mais ser um espectador que olha de longe o que o governo está fazendo. O legislador transformou o juiz em realizador fiscal das políticas públicas. Não sendo executadas, cabe ao juiz determinar que se faça. E, se mal executadas, cabe ao juiz dizer como devem ser feitas, e fazer a correção. Por isso, o juiz de hoje é um agente político. Ele pode desempenhar uma parcela de poder na sociedade a que serve (...). As escolas de magistratura têm sido um grande incentivo. Mas, por outro lado, tenho muita preocupação com juízes novos, porque muitas vezes são atraídos para a magistratura como se fosse um emprego. Tem um bom salário e, para o jovem que às vezes sai da mesada para o primeiro salário, é espetacular. Tem também o fato de você não ter chefe, não ter de dar satisfação, tem o charme da magistratura, porque é reconhecido socialmente. Tudo isso atrai. Mas temos de mostrar o outro lado (...). O juiz é solitário, o juiz decide sozinho. Se ele acerta, ele acerta para o Poder Judiciário. Se ele erra, ele erra sozinho e tem de assumir sua responsabilidade. A vida pessoal de um juiz também fica limitada. Para ser um bom juiz ele precisa ter um comportamento muito reto. Por que eu exijo isso mais de um juiz do que de outros cidadãos? Porque o juiz trabalha com o certo, com comportamentos, com valores éticos que estão incrustados na sociedade a que ele serve. Ele é um profissional diferenciado, porque ninguém perdoa a falta pessoal de um juiz (...). A magistratura é uma carreira que exige alguns sacrifícios. Acho que essa restrição na vida privada é uma coisa que incomoda. Você não é um cidadão desconhecido; você é um juiz. Na Enfam, eu tentei passar um pouco disso. Nós mostramos a importância de ser juiz. Eles saem daqui com uma ideia boa de que o juiz não é uma ilha isolada, que o juiz tem de estar conectado com os outros poderes (...). O magistrado é aquele que resolve o conflito no nascedouro, é aquele que leva paz social. Não é só aplicar a lei. É ter efetividade e se preocupar com o resultado. Não é só fazer processo. É mais: tem de ir lá e ver se conseguiu solucionar o problema que lhe colocaram nas mãos. "Minha decisão foi efetivada para se ter paz social?" O juiz tem de responder a essa pergunta, ele tem de conhecer o seu jurisdicionado, tem de ver se as sentenças dele tiveram eco no dia a dia (...)." O acesso ao conteúdo integral da entrevista está disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112710>.

sistêmica do direito - análises do direito como sistema; O Reconhecimento do Direito como linguagem - a superação dos métodos e a desconstrução da verdade absoluta a partir da linguagem.

Cumpre-nos destacar que a proposta assenta-se na crença de que toda e qualquer operação cognitiva poderá ser mais bem desenvolvida se for paradigmaticamente referenciada[279].

No campo do Direito, partindo dos estudos de Habermas[280], temos que um paradigma jurídico consolida as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera os mesmos princípios constitucionais e sistemas de Direitos, realizados no contexto percebido por essa dada sociedade. Habermas dirá, inclusive, que um paradigma delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como Direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpra naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas[281].

De outro passo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira adverte que as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, se referem às imagens implícitas que se tem da própria sociedade; sendo, portanto, um conhecimento de fundo (um *background*) que

---

[279] Aliás, Thomas Kuhn afirma que os paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Para maiores aprofundamentos, indicamos a leitura da seguinte obra: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 66.

[280] No entanto, Bernardo Gonçalves Fernandes chama a atenção para o fato de que há diferenças na noção de paradigma adotada por Kuhn (típica das ciências naturais) e na adotada por Habermas com relação ao direito. Para Kuhn o paradigma refere-se à potencialidade (possibilidade) de se alcançar um consenso de fundo no que toca uma pretensão normativa voltada (direcionada) para a verdade. Para Habermas, a questão é deslocada da filosofia da ciência (e do mundo objetivo) para a teoria do Direito (que se encontra assim como a filosofia política) no campo normativo de correição normativa. A advertência se justifica porque Habermas apresenta distinção entre pretensões de verdade e de correção e os seus respectivos mundos: a verdade refere-se à existência ou inexistência de estados de coisas, e a correção reflete o caráter obrigatório dos modos de agir (moral, Direito). Ibid., p. 68.

[281] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 66; Em acréscimo, é oportuno destacar que, de acordo com Nascimento, "(...) o pensamento de Habermas facilita a critica da produção normativa e as transformações pelas quais o Estado e o direito contemporâneos vêm passando, recolocam em destaque alguns temas recorrentes no pensamento ocidental, presentes na obra habermasiana, em especial a exigência de racionalidade e a necessidade de justificação da autoridade, como vetores de emancipação da pessoa humana, cuja autonomia, na condição de autor e destinatário da produção e da aplicação do Direito, deve ser respeitada. Uma racionalidade comunicativa garantida pelo rigor do procedimento de deliberação que precede a tomada de decisões politicas e jurídicas. Enfim, a exigência de democratização da convivência entre sujeitos que, sendo trabalhadores, consumidores, contribuintes e cidadãos, a um só tempo, precisam comunicar-se com igual liberdade, para entender-se, num esforço de cooperação, esforço que é materializado na esfera pública." NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

confere às práticas de fazer e aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização da comunidade jurídica[282].

Temos de assinar, entretanto, as ponderações de Menelick de Carvalho Netto ao acentuar o duplo aspecto dos paradigmas. Para o mencionado autor, paradigma, por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam e condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

Em seguida adverte que, por outro lado, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem a apresentação dessas grades seletivas gerais, pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

E continua dizendo que a história é irrecuperável e incomensuravelmente mais rica do que os esquemas que aqui serão apresentados, bem como que se reconhecem as infinitas possibilidades de reconstrução e releitura dos eventos históricos. Assim, o nível de detalhamento e preciosismo na reconstrução desses paradigmas vincula-se diretamente aos objetivos da pesquisa que se pretende empreender[283].

Deixadas estas breves notas, apresentaremos, no decorrer de nossa tese, os seguintes paradigmas para um protagonismo cognoscitivo adequado do Magistrado contemporâneo diante do plano de recuperação judicial:

PRIMEIRO: O Magistrado tem de ser ciente e consciente de que vivemos num tempo de altas complexidades, e que a atitude filosófica é essencial ao exercício de toda atividade intelectual, inclusive da Jurisdição. De outro turno, considerando a desarticulação do saber essencialmente científico, o Magistrado deve assumir a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento, além da

---

[282] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37.

[283] CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de direito comparado**, v. 3, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

presença da axiologia na atitude epistemológica e, por conseguinte, a (re)aproximação do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo[284].

SEGUNDO: O Magistrado tem de reconhecer a posição topográfica do Direito no plano epistemológico, e estar ciente do espaço ocupado por ele dentro do espectro científico[285].

TERCEIRO: O Magistrado deve, necessariamente, reconhecer a dignidade da pessoa humana como referência da atividade jurisdicional[286].

QUARTO: O Magistrado deve atuar conforme a cultura do seu tempo, atento para os valores que preponderam no momento histórico de sua atuação[287].

QUINTO: O Magistrado deve adotar procedimentos no tratamento das questões jurídicas[288].

SEXTO: O Magistrado tem de buscar uma compreensão plural do fenômeno jurídico, partindo da utilização reunida dos saberes[289].

SÉTIMO: O Magistrado deve assumir uma consciência sistêmica do fenômeno jurídico, e das demais projeções fenomenológicas que lhes afeta[290].

---

[284] A despeito do que se colocou neste momento, este paradigma será abordado com mais profundidade no item 3.1 deste capítulo. Serão apresentados os seguintes temas: a assunção da atitude filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado na contemporaneidade: uma análise crítica para a atuação humanizada e emancipatória; a desarticulação do saber essencialmente científico: a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento e o reconhecimento da axiologia na atitude epistemológica; e, por fim a (re)união do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo.

[285] Independentemente destas colocações, este paradigma será desenvolvido no item 3.2 deste capítulo. Serão abordados os seguintes temas: ciências naturais, ciências sociais e o Direito; a polissemia do termo direito e o recorte epistemológico entre ciência do Direito e Direito positivo; ao final, lançaremos breves notas sobre a filosofia do Direito.

[286] Sem embargo das ponderações desde logo colacionadas, este paradigma será enfrentado com mais vagar no item 3.3 do presente capítulo. Serão apresentados os seguintes tópicos: aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana; a dignidade em Kant; e, por fim, a questão da liberdade.

[287] Não obstante os breves esclarecimentos que aqui deixaremos, o paradigma em apreço receberá uma abordagem mais detida no item 3.4 do presente capítulo. Nesta ocasião discutiremos: a relativização da verdade e sua variação semântica; a limitação da liberdade no contexto cultural; traremos das questões que envolvem a ideologia e a neutralização dos valores insertos no discurso persuasivo da dogmática jurídica; e, ao final, apresentaremos nossa defesa sobre a compreensão cultural e historicamente situada do Direito.

[288] Sem embargo do exposto nesta ocasião, o paradigma em apreço terá tratamento aprofundado no item 3.5 do presente capítulo. Neste item abordaremos a compreensão procedimental do Direito; a procedimentalização como recurso da ação; as questões que envolvem racionalidade, realismo, empirismo e inatismo; e, por fim, faremos ponderações sobre as operações procedimentais no plano político-econômico e jurídico.

[289] Em que pesem as colocações já expostas, o paradigma referenciado será adequadamente desafiado no item 3.6 deste capítulo. Trataremos da diversidade categórica dos saberes, além das questões referentes à transdisciplinaridade e pluridisciplinaridade.

[290] Apesar das notas assinaladas nesta ocasião, o aludido paradigma será abordado de forma mais contundente no item 3.7 deste capítulo. Nesta oportunidade destacaremos a importância da compreensão sistêmica do Direito. Para isso, apresentaremos os seguintes temas: contemplação sistêmica para a ação; natureza sistemática do próprio conhecimento - sistematização referencial do saber; apontamentos sobre a teoria geral do sistema; análises do Direito como sistema.

OITAVO: O Magistrado tem de reconhecer que a operação do fenômeno jurídico se dá através da linguagem[291].

Somente com a utilização concomitante de todos os paradigmas indicados acima, no nosso sentir, poderá haver uma adequada atuação jurisdicional do Magistrado perante o plano de recuperação judicial.

3.1 - Assunção da atitude filosófica no protagonismo cognoscitivo do Magistrado: uma análise crítica para a atuação humanizada e emancipatória

Neste ponto, defenderemos que o Magistrado contemporâneo deve assumir uma postura crítica, além de buscar na filosofia as referências para o enfrentamento dos desafios emergentes do exercício da atividade jurisdicional, notadamente no trato das questões que envolvem a recuperação judicial de empresas[292].

---

[291] Independentemente do acentuado neste momento, o paradigma em questão será detidamente desenvolvido por ocasião do item 3.8 deste capítulo. Discorreremos sobre o mote nos seguintes tópicos: A linguagem como categoria cognitiva; o movimento do "giro-linguístico", a superação dos métodos e a desconstrução da verdade absoluta a partir da linguagem; inter-relações da lógica, semiótica e linguística; e, finalmente, o Direito como linguagem.

[292] Questionado sobre o papel atual da filosofia, Jaspers respondeu o seguinte: "Ela ensina, pelo menos, a não nos deixarmos iludir Não permite que se descarte fato algum e nenhuma possibilidade. Ensina a encarar de frene a catástrofe possível. Em meio à serenidade do mundo, ela faz surgir a inquietude. Mas proíbe a atitude tola de considerar inevitável a catástrofe. Com efeito, apesar de tudo, o futuro depende também de nós." JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1965, p. 147; De outro lado, Heidegger apontará que "(...) A filosofia oferece ao ser-aí a proteção objetiva, o panorama da segurança que a concordância procura, o domínio da imediatez da proximidade com a vida e, junto com isso, a superação de um questionar detalhado e de pouco alento, vagaroso e escorregadio, que desiste das grandes respostas. Foi alcançada assim a absoluta 'falta de necessidade' (Hegel); o espírito habita o lugar da certeza de si mesmo. Já não nos lançamos mais em meio às sensações, fins, interesses; a vida retirou-se para sua verdadeira liberdade. HEIDEGGER, Martin. **Ontologia (Hermenêutica da facticidade)**. Tradução Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 84; Já Wittgenstein destacou que "(...) A filosofia não é uma das ciências da natureza (a palavra filosofia tem que denotar alguma coisa, que está acima ou abaixo das ciências da natureza, mas não ao lado delas). o objetivo da filosofia é a clarificação lógica dos pensamentos. A filosofia não é uma doutrina, mas uma atividade. Um trabalho filosófico consiste essencialmente em elucidações. O resultado da filosofia não é "proposições filosóficas", mas o esclarecimento de proposições. A filosofia deve tornar claros e delimitar rigorosamente os pensamentos, que doutro modo são como que turvos e vagos." WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 62; Acrescente-se, ainda, que, segundo Maclntyre, "(...) uma tarefa vital da filosofia é criticar outra filosofia, não apenas – ainda que isto seja muito importante – no interesse da verdade, como também porque, queiram os filósofos ou não, as suas ideias influem na vida social, moral e política. Faz parte da qualidade de vida da idade moderna o fato de que os filósofos cujo interesse pelo rigor e pela verdade mais se notabiliza sejam, na maioria dos casos, aqueles que demonstram menos interesse pelo caráter dessa influência. Ao passo que outros que, com ansiedade, esperavam que o que dissessem tivesse aplicação social, foram, na maioria dos casos, descuidados e imprecisos, sendo por isso mesmo, precários guias no caminho da verdade." MACLNTYRE, Alasdair. **As ideias de Marcuse**. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Editora Cultrix, 1970, p. 9.

3.1.1 - Crítica, filosofia e ciência na atividade do Magistrado

A nossa defesa pela assunção da postura crítica pelo Magistrado, além da utilização dos paradigmas filosóficos, se assenta, inclusive, na crença de que os recursos oferecidos pela dogmática jurídica não são suficientes para a superação dos desafios jurídicos atuais, sobretudo diante das complexidades e singularidades dos tempos hodiernos[293].

Acreditamos que a postura crítica e reflexiva poderá nos conduzir à modificação de nossas convicções e, por conseguinte, alcançar uma consciência mais lúcida dos problemas que nos são colocados.

Aliás, ao nos depararmos com alguns acontecimentos, ou mesmo quando somos surpreendidos por um lampejo indistinto de dúvida, somos convidados à reflexão sobre o que sabemos, tomamos por verdade, e julgamos conhecer[294].

Logo, essa projeção sobre nós mesmos e nossas verdades pode ensejar uma modificação ou mesmo um alijamento dessas certezas, permitindo-nos superar os velhos dogmas e alcançar novos paradigmas, mais adequados ao nosso tempo[295].

A despeito da importância da assunção de posturas filosóficas, sobretudo no plano do Direito, Willis Santiago Guerra Filho faz uma ressalva.

O Professor aponta proliferação dos "ismos" que, confrontados, têm conduzido a filosofia a um papel desfiado de sua tarefa, cogitando até o seu próprio

---

[293] A alta complexidade que nos envolve pode ser traduzida, em síntese, pelas seguintes palavras de Wittgenstein: "Ainda que todas as possíveis perguntas da ciência recebessem uma resposta, os problemas de nossas vidas não seriam sequer tocados." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 6: De Nietzsche à Escola de Frankfurt. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2006, p. 293.

[294] Como pontuou Michel Bastit, "(...) a tarefa do filósofo consiste em mostrar a permanência das coisas na ordem delas, em mostrar que a filosofia da lei deve ser reintegrada numa política e numa metafísica da ordem analógica direcionada a um fim e a um ato pois, por trás da doutrina realista da lei, emerge constantemente uma filosofia do que é, do que é bem, do que é uma realidade. Nessa perspectiva, a concepção realista da lei remete à relação da potência com o ato de ser – ela é imperfeita em comparação ao que existe, ao passo que a doutrina moderna da lei, ao negar essa relação, pretende identificar o que existe na mente do legislador e o que existe. É a distância entre o ser e o pensamento que os separa." BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 465.

[295] Certamente, "(...) na medida em que nos encontramos a nós mesmos e apreendemos o fundo das coisas, a História deixa de ser uma prisão. É o lugar inevitável em que, através de nossas experiências e ações, atingimos o que é autêntico. Se saíssemos da História, tombaríamos no nada. Fora de nossa existência na História, não dispomos de nenhum fio de Ariadne capaz de conduzir-nos à autenticidade. Sem História, vemo-nos privados de linguagem que nos permita indiretamente falar das origens de que brotamos e que nos sustentam. Não podemos passar para além da História, mas, percorrendo-a, por assim dizer, vemo-la tornar-se transparente a uma luz vinda de outras regiões. É como se, ao longo do tempo, tivéssemos a experiência de um eterno presente no fenômeno do tempo." JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução Leonidas Hegenberg et al. 3ª ed. Basileia: Cultrix, 1964, p. 25.

fim. Para ele, há mesmo uma equivocada e reduzida compreensão do agir filosófico (aproximando-se de uma pseudociência). O que se faz é um catálogo de "ismos", róis de pensamentos rearranjados com novas formas, mas com a mesma essência, coloca-se o mesmo perfume em novos frascos, usam-se fantasias novas para os velhos papéis embotados, amarelecidos, numa inação, numa incapacidade de agir para o novo[296].

Talvez o protagonismo filosófico tenha se retraído nas entranhas resfriadas do ser humano nos últimos tempos, o que teria levado à inibição de um agir filosófico mais franco e destemido[297].

Porém, o sentimento continua ali, agarrado, entranhado na contextura do espírito e do corpo, no estado de latência, pronto para se debelar a qualquer momento e florescer em ação. Adjetivar a ação "mera" não a modifica na essência: a filosofia, chamemo-la como for, é sentimento que desencadeia a ação, é querer saber, é querer conhecer. Tal qual a rosa de Shakespeare, que teria o mesmo cheiro ainda que de rosa não a chamássemos, não teria a filosofia sua mesma essência, caso a denominássemos de teoria ou ciência[298]?

Dito isso, para fundamentar o que defendemos, faremos algumas ponderações sobre a atitude filosófica.

---

[296] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08.

[297] Estermann advertiu, nesse caso, ser "(...) preciso que a filosofia ocidental tome a sério a questão da alteridade filosófica e que se deixe inspirar pela 'outra' e pelo 'outro', no sentido de uma desconstrução intercultural de sua própria riqueza histórica e racional (...) este giro paradigmático não só alterará 'o que fazer' filosófico e teológico em muitas partes do mundo (...) caso contrário a terra continuará agonizando sob o discurso único da racionalidade instrumental do ocidente (...) filosofia andina é uma voz nesta orquestra sinfónica, nada menos e nada mais." ESTERMANN, Josef. **Si el Sur fuera el norte**. Quito: Abya-yala, 2008, p. 33.

[298] Questionado sobre o é filosofia, Heidegger respondeu que é "(...) a ciência crítica do ser. Isso não diz o suficiente. Talvez compreendamos: ciência, crítica, ser. Não apenas o ressoar do som das palavras – temos em mente alguma coisa, mesmo que indeterminada. Mas de tal modo que isso deve ser um negócio bastante abstrato e é bem provável que pouco satisfaça ou (em última instância) até de modo algum satisfaça as necessidades do ânimo. Não é uma filosofia viva, uma visão de mundo, não é uma proximidade com a vida nem possui calor humano. Algo com o qual nada se pode fazer. O homem não consegue começar a empreender nada, a não ser que tenha compreendido que tem de começar consigo mesmo. Mas, segundo a palavra de Hegel, a filosofia deve precaver-se de querer ser edificante. Se a filosofia é capaz de fazer alguma coisa conosco, isso só pode dar-se quando a tivermos compreendido – mas então também essa questão por demais razoável terá desaparecido." HEIDEGGER, Martin. **História da Filosofia**: de Tomás de Aquino a Kant. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 23.

Cumpre notar, de início, que o desejo de compreender o mundo[299] e a si mesmo é uma condição essencialmente humana; o ser humano é mesmo carente de conhecimento.

Esta flama inata, que aqui iremos chamar de filosofia, emerge numa obstinada e incessante busca pela ordenação do verdadeiro caos de sensações que nos envolve durante toda a breve existência[300].

Aliás, a filosofia, amor e amizade pelo saber, é a manifestação mais expressiva e latente da natureza essencialmente curiosa do homem.

É esse desejo que nos torna filósofos, nos leva à ação, à busca do conhecimento e, consequentemente, à sabedoria; em síntese, é o agir, desencadeado pela filosofia, que conduz ao saber[301].

Além disso, considerando que os limites do conhecimento são tracejados pelas categorias mais instigantes da existência humana, como a ciência, a ética, a política e até mesmo a religião, aceitaremos que a atuação filosófica pode se dar em diversos planos[302].

---

[299] Segundo Schopenhauer, "(...) o mundo é mesmo o inferno, e os homens são, por um lado, as almas atormentadas e , por outro, o demônio que nele habita (...) o mundo é o pior de todos os mundos possíveis (...) a necessidade e a dor o preenchem em todos os cantos e o tédio encontra-se à espera de quem consegue escapar de ambas. Além disso nele impera a maldade, e o disparate tem a palavra decisiva (...) entre os males de ima instituição penal esta também a companhia que se encontra nela (...) por acaso esse mundo foi feito por um deus? Não, antes por um demônio." SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de insultar**. Tradução: Karina Jannini (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 117.

[300] Contudo, nem sempre esse desejo opera no plano da consciência, não se assoma fenomenologicamente aos nossos sentidos, vale dizer, a filosofia, embora companheira fiel de todas as horas, muita vez, não reclama por ser notada, atua sob as contexturas do nosso ser sem nos darmos conta disso.

[301] Filósofo é aquele que, tomado pelo sentimento filosófico, sai da inércia em busca do conhecimento. Em todo caso, o termo conhecimento, por ser polissêmico, assume diversos significados, conforme a variedade de sua utilização; percebe-se que, neste caso, há uma nota aporética, considerando que procura-se conhecer o próprio conhecimento. Há muito os estudiosos buscam a compreensão do conhecimento, este fenômeno, aparentemente tão simples e natural, mas, na essência, incrivelmente misterioso. Nesse sentido, de acordo com a filosofia kantiana, conhecer é representar intelectualmente o mundo, é atribuir significado ao mundo envolvente. Aliás, para Kant, são três as indagações fundantes do agir filosófico: O que podemos saber? O que podemos fazer? O que podemos esperar? Essas três perguntas, se respondidas (caso admita-se possa fazê-lo), desvendariam grande parte do mistério que habitamos.

[302] Para fins didáticos, podemos sugerir a divisão do saber filosófico em várias áreas, de acordo com o objeto de contemplação. Desse modo, no âmbito da teoria do conhecimento, ou do estudo das diferentes modalidades de conhecimento humano, temos, primeiramente, a lógica, cujo objetivo, em síntese, é conhecimento das formas e regras gerais do pensamento. Já a epistemologia, também chamada de filosofia da ciência, procura uma análise crítica das ciências. A estética, por seu turno, projeta-se sobre a sensibilidade, sobre o estudo das formas de arte, do trabalho artístico. De outro passo, a teoria da linguagem precipita-se sobre o significado das linguagens, a linguagem do homem sobre a realidade, o signo, a dependência da razão da linguagem, os instrumentos de comunicação, a interação social entre as diversas linguagens, a manipulação da linguagem etc. Com a teoria da política estuda-se a natureza do poder e da autoridade, a ideia de direito, lei, justiça, dominação,

É oportuna, ainda na (re)clamação do protagonismo filosófico, uma breve crítica sobre a *perspectiva utilitarista do saber*[303].

No mundo hodierno, ao que parece tudo tem de ter uma utilidade, e deve servir (da melhor forma possível) para algum fim, a própria reflexão sobre o mundo e o ser, é submetida aos testes de "utilidade" e "eficiência"[304].

No entanto, pelo que defendemos nesta tese, a busca por conhecimento não precisa, necessariamente, ostentar expressa finalidade[305].

A procura pelo conhecimento, verdadeira condição humana, por si, já é útil, independentemente de fundamento.

Aliás, só é possível ser humano se inserto no constante e inesgotável exercício de compreensão do mundo, ou seja, imerso no caos de sensações que o

---

violência, além das formas dos regimes políticos e suas fundamentações. Assinale-se, igualmente, a teoria da história, que oferece, enfrenta, o estudo da dimensão temporal da existência humana como existência sociopolítica e cultural, as teorias do progresso, da evolução e teorias da descontinuidade histórica, além do significado das diferenças culturais e históricas, suas razões e consequências. Sem menos importância, ainda, é a teoria da história do pensamento filosófico. Aqui há um estudo dos diferentes períodos da filosofia e de grupos de filósofos, segundo os temas e problemas que abordam. Em arremate, lembremo-nos da Ética, promotora de reflexões sobre o comportamento, a moral, os costumes, as atitudes para consigo e para com os outros, os limites da ação humana, além dos fins e meios da ação, dentre outros. Vê-se, portanto, que muitas são as áreas em que opera o homem em busca da sabedoria.

[303] O saber, por si mesmo, é útil. Assim, embora façamos algumas anotações referentes ao tema, a discussão sobre a utilidade ou não da atitude filosófica é estéril e tautológica. Repare que se atitude filosófica é querer saber, ao questionarmos sua utilidade, já estaríamos em seu franco exercício. No entanto, ao que parece, as buscas pelo saber já não gozam de prestígio, não merecem valor por si, pois devem ser servas de um projeto maior, dotado de alguma utilidade. Sobre o tema, Nietzsche destacou que "(...) a ordem e a adequação das coisas em relação a um fim, pelo contrário, são diretamente apenas o resultado de um movimento cego e mecânico; e é apenas para poder ocasionar esse movimento, para algum dia romper o silêncio mortal do caos, que Anaxágoras supôs o 'nous' arbitrário e dependente somente de si. Ele estimava nele justamente a propriedade de poder agir arbitrariamente, isto é, de maneira incondicionada, indeterminada, guiado nem por causas, nem por fins." NIETZSCHE, Friedrich. **A filosofia na era trágica dos gregos**. Tradução Gabriel Valadão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 136/137.

[304] Mulgan acentuou que "(...) o utilitarismo diz que as questões morais mais importantes são aquelas nas quais a maior quantidade de bem-estar esteja em jogo. No mundo moderno estas questões são a ética global e a justiça intergeracional. Uma ética utilitarista global provê uma crítica radical das práticas internacionais existentes. A maioria das teorias da justiça intergeracional tem dificuldade em lidar com escolhas de pessoas diferentes, e especialmente com escolhas de diferentes números. As três principais abordagens utilitaristas da justiça intergeracional são o utilitarismo total, o utilitarismo médio e o utilitarismo focado na pessoa. Os principais desafios para estas três teorias são a conclusão repugnante (para o utilitarismo total), o problema da mera adição (para o utilitarismo médio), e o problema da não identidade (para o utilitarismo focado na pessoa)." MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 242 e 243.

[305] Sobre esta questão, convém acentuar que devemos aceitar a relatividade das categorias verdade e falsidade principalmente em virtude da reaproximação entre o sujeito e o objeto. Contudo, a substituição dos critérios falaciosos de verdade e falsidade, pelos critérios de utilidade e eficiência, não é a melhor saída (se é que há uma saída), pois estes são tão falaciosos quantos aqueles. Ora, se não podemos dizer com exatidão o que é verdade e falsidade, por certo, também não podemos dizer, com exatidão, o que é eficaz ou não, já que o mesmo sujeito axiologicamente corrompido que diz o que é verdade ou mentira diz o que é útil ou inútil, eficaz, ou ineficaz. Este sujeito, como visto, nunca diz, sempre constrói, seja a ideia de utilidade ou de veracidade.

envolve; o homem só consegue "ser" humano se "estiver" em busca de compreensão, se viver a filosofia - essa amizade, que ao mesmo tempo o consome e revigora, lhe devora e lança luz[306].

Além do mais, a atitude filosófica, essencialmente, é útil para o "ser" humano, pois seu exercício transborda o filósofo (o sujeito praticante) para alcançar a todos[307].

Ao conhecer o mundo e a si mesmo, o filósofo concebe saberes que poderão ser utilizados por todos, não só para construir novos saberes, a partir da contemplação, ou da ação, mas também para interferir diretamente no mundo sensível[308].

A despeito do que assinalamos, para subsidiar nossa defesa, neste ponto, reputamos relevante traçarmos alguns apontamentos sobre as diferenças entre a atitude filosófica e a atitude científica[309].

---

[306] Como bem colocou Mário Ferreira dos Santos, "(...) poder-se-ia dizer que a filosofia nada mais tem disso que a atividade teórica do homem perplexo ante a verdade oculta nas coisas, que ele busca afanosamente encontrar, saber o que é, como é, onde está. Em todo o aprofundar filosófico há sempre um saber de que a verdade e o ser, em última análise, hão de encontrar-se, pois o que é que faz o que é seja, há de ser inelutavelmente verdade. Sentimos que a verdade se apresenta quando sabemos o que sabemos de algo, é um saber que é adequado com esse algo. Por isso, em sentido lato, a verdade é sempre considerada como uma conformidade do nosso conhecimento intelectual ou fático com o ser." SANTOS, Mário Ferreira dos. **Teoria do Conhecimento**: gnoseologia e criteriologia. 3ª ed. São Paulo: Logos, 1958, p. 237.

[307] No plano cognitivo, independentemente da forma pela qual é alcançado, o saber deve ser utilizado em favor do homem. O ser humano, fonte singular do saber, deve não só ser seu produtor, mas, principalmente, o seu destinatário, vale dizer, todo o conhecimento alcançado pelo homem deve ser, antes de tudo, para o homem. O sujeito que procura o conhecimento deve, antes de qualquer coisa, agir teologicamente voltado à melhoria e preservação da condição humana. Não podemos nos permitir o equívoco, já denunciado por Hannah Arendt, de tomar utilidade como "uma" significância. A utilidade, devemos nos conscientizar disso, não é um fim, envolto nele mesmo, é apenas uma escolha, axiologicamente orientada, de uma qualificação para um objeto. Nada e útil (ou inútil) antes que o homem o diga que é (ou que não é). São os seres humanos, carregados de valores, quem dirão sobre os predicativos das coisas. Assim, sempre que nos deparamos com algo considerado útil, temos de evocar a lembrança de que esta utilidade fora artificialmente posta pelos homens, partindo de suas preconcepções valorativas. De outro lado, ao exercermos nossas escolhas para dizer o que é útil ou inútil, devemos, antes de pensarmos nossas aspirações pessoais, atentarmos para as nas aspirações da coletividade de que somos partes.

[308] Os saberes filosóficos são a substância primeira, a matéria-prima, que poderá ser utilizada, inclusive, na ação daqueles que buscam sempre uma utilidade do agir. Assim, os pragmáticos, que reclamam uma utilidade para a ação, também se utilizam dos saberes filosóficos para alcançar (ou buscar) seu desiderato.

[309] De acordo com Morin, a propósito, "(...) hoje, a ciência esta no amago da sociedade e, embora bastante distinta dessa sociedade, é inseparável dela, isso significa que todas as ciências, incluindo as físicas e biológicas são sociais. Mas não devemos esquecer que tudo aquilo que é antropossocial tem uma origem, um enraizamento e um componente biofísico. Dupla tarefa cega: a ciência natural não tem nenhum meio para conceber-se como realidade social; a ciência antropossocial não tem nenhum meio para conceber-se no seu enraizamento biofísico; a ciência não tem os meios para conceber seu papel social e sal natureza na sociedade. Mas profundamente: a ciência não controla sua própria estrutura de pensamento. O conhecimento científico é um conhecimento que não se conhece. Husserl, há cinquenta anos, tinha diagnosticado a tarefa cega: a eliminação por principio do

A propósito das eventuais distinções entre ciência e filosofia, repare que todo saber é produto do agir desencadeado pela filosofia[310].

No entanto, em virtude do caminho percorrido, o produto (saber) pode variar, resultando, enfim, em saberes qualitativamente diferentes, seja pelo conteúdo, seja pelo trajeto em sua busca.

Como todo saber é filosófico, o saber científico é um saber filosófico quantitativamente singular, vale dizer, a compreensão pelo agir filosófico, restringida em objeto contemplativo, denomina-se ciência[311].

É de se notar que enquanto o exercício científico pretende conhecer apenas um (ou alguns) objeto, o agir filosófico busca compreender tudo, inclusive a própria filosofia (o amor ou amizade pelo conhecimento) e suas origens[312].

---

sujeito observador, a experimentador e concebedor da observação, eliminou o ator real o cientista o homem, espirito incluído numa cultura, numa sociedade, numa historia." MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2002, p. 20.

[310] Basicamente, a diferença assenta-se no seguinte: cuida-se, apenas, de uma questão de intensidade, saber algo, buscar saber algo; fazer ciência é, antes de tudo, praticar filosofia. O que define esses outros saberes é apenas o modo de seu exercício e os graus de verdade aceitos por cada um deles, mas, como dito, tudo é exercício filosófico. Em outros termos, os disparos provêm da mesma arma e da mesma pólvora, mas o destino do projétil e o alvo alcançado são variáveis.

[311] Ciência (do grego, *episteme*) é um conjunto de saberes, ordenado e voltado para um conhecimento específico. Este conjunto de saberes é chamado de ciências positivas, como a física, química, matemática, biologia, sociologia, sendo que cada uma delas tem um campo específico de investigação. De fato, o conhecimento científico é alcançado a partir da escolha de um objeto de conhecimento, a partir de um método (meio) próprio. Aliás, é a variação entre objetos e meios utilizados para conhecê-los que implicará a fragmentação dos conhecimentos científicos. (Nota: sobre este mote, alguns atribuem a Augusto Comte um recorte epistemológico profundo na operacionalidade científica, pondo em isolamento alguns saberes. Todavia, lembremo-nos de Aristóteles, que desenvolveu a "analítica", um estudo dos vetores e modos de pensamento, independentemente de uma análise de conteúdo do produto desse pensamento (o conhecimento). A partir dos tempos medievos a "analítica" de Aristóteles passa a ser conhecida como "lógica", que serviria como um instrumento para o conhecimento, em todos os campos do saber.) De outro turno, aos filósofos restaria a tarefa de exercer a epistemologia, a contemplação (theorein) panorâmica das ciências.

[312] É importante lembrarmos, neste ponto, que o fragmento cronológico compreendido entre o final do século XVIII e o início do século XIX, também orientado pelas luzes da razão (Iluminismo) já anunciada no século XVII (Descartes, Galileu, Pascal, Hobbes e outros), representou uma revolução notável nos vários campos do saber. A ideia de perfectibilidade sugeriu que o ser humano poderia se autolibertar do cativeiro do medo, principalmente pelas portas das ciências e das artes. Abertas as portas para uma conquista liberal da felicidade na sociedade, nos motes da 'filosofia da ilustração', inclusive na política, estavam livres os caminhos para as mudanças radicais. A Revolução Francesa, do final do século XVIII, é prova singular dessa virada. Pensadores como Kant, Rousseau, Fichte, Schelling, Voltaire, D'Alambert, Diderot merecem destaque nesse período. Sem embargo destas colocações, é ilustrativa a seguinte colocação de Descartes: "Se me abstenho de dar meu juízo sobre uma coisa, quando não a concebo com suficiente clareza e distinção, é evidente que faço ótimo uso do juízo e não me deixo enganar (...) mas, se me determino a negá-la ou a afirmá-la, então não estou mais me servindo como devo do meu livre-arbítrio." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 3: Do Humanismo a Descartes. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2004, p. 261.

Nessa ação (digamos generalizante) o próprio conhecimento ou ato de conhecer também são colocados sob a pretensão cognitiva[313].

Isso faz do agir filosófico um agir circular, dele e para ele, num interminável espiral.

É esse caráter globalizante, que tudo pretende conhecer, e aporético (sem poros, sem saída) que afasta a filosofia da ciência.

Percebe-se que a circularidade interminável, que conduz ao saber aporético, é incompatível com o agir científico, que busca respostas definitivas (ou transitoriamente definitivas).

No entanto, se for certo que o caráter aporético da filosofia não lhe permite conclusões definitivas, tal e qual ocorrem com as ciências, também é certo que o seu exercício é fundamental para fornecer subsídios à ação cognitiva, em todas as áreas, inclusive para as ciências[314].

Por isso, ainda que se pretenda um saber estritamente científico, em busca de dogmas, deve-se sempre comemorar a filosofia, o sentimento primeiro de amizade ou amor, que desencadeia o agir para o saber.

Ressalte-se que não negamos a importância da utilização das categorias científicas, sobretudo no plano da dogmática jurídica. Contudo, defendemos que a operação cognitiva do Magistrado vá além da dogmática e, numa perspectiva filosófica, alcance os outros planos do conhecimento[315].

---

[313] Indicando a aproximação da filosofia com a questão da liberdade, Flusser sustentará, inclusive, que "(...) toda filosofia trata, em última análise, do problema da liberdade. Mas, no decorrer da história, o problema se colocava da seguinte maneira: se tudo tem causa, e se tudo é causa de efeitos, se tudo é "determinado", onde há espaço para a liberdade? Reduziremos as múltiplas respostas a uma única: as causas são impenetravelmente complexas, e os efeitos tão imprevisíveis que o homem, ente limitado, pode agir como se não estivesse determinado. Atualmente, o problema se coloca de outro modo: se tudo é produto do acaso cego, e se tudo leva necessariamente a nada, onde há espaço para a liberdade? Eis como a filosofia da liberdade deve colocar o problema da liberdade. Por isto e para isto é necessária." FLUSSER, Villem. **Filosofia da caixa preta**: ensaios para uma futura filosofia da fotografia. São Paulo, Hucitec, 1985, p. 40.

[314] É da filosofia (fonte) e da prática em busca do saber que se colhem as matérias-primas para a atitude científica, ou seja, o agir filosófico oferece instrumentos para o exercício da ciência. Por isso mesmo alguns indicarão uma nota pragmática no saber filosófico, inclusive com a concepção de dogmas; Husserl, por exemplo, sugere que o modelo dogmático é a única saída possível para quem não deseja cometer o suicídio filosófico do ceticismo.

[315] "Podemos aceitar que o agir filosófico seja conduzido para uma resposta transitoriamente verdadeira (um dogma frágil), contanto que haja consciência dessa fragilidade e de que, acima de tudo, o agir filosófico encontre fundamento precípuo em si mesmo. A filosofia convive bem com a incerteza e a dúvida, diversamente da ciência que sem a verdade (ou a crença de verdade) não é capaz de se sustentar. Caso uma ciência não apresente resultados, verdades, conclusões sobre o objeto do qual se ocupa, certamente, será desacreditada como instrumento hábil do saber, terminando em abandono pelos seres desejosos de saber. Por isso, ainda que não haja uma resposta final ou verdadeira, as ciências apresentam sempre respostas sobre os seus objetos, ou seja,

Seguindo com nossas reflexões, em reforço do que defendemos, sobreleva notar que, não obstante os variados planos de exercício cognitivo, além dos aparentes distanciamentos entre a filosofia e a ciência, no campo da ciência do Direito[316], o operador necessita assumir uma postura epistemológica humanizada e emancipatória.

Para vencer esse desafio, dentre outras exigências, o Magistrado deve estar consciente de que o homem é o centro da produção do conhecimento e que, atualmente, com a marcante presença da axiologia na atitude epistemológica, presenciamos a *(re)união* do sujeito cognoscente com o objeto cognoscitivo[317].

Assim, no tópico seguinte discutiremos as questões que envolvem a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento, bem como a presença da axiologia na atitude epistemológica.

---

enquanto a filosofia é mais "ponto de interrogação", a ciência é mais "ponto final". Talvez por isso Blaise Pascal diria que "(...) é uma doença natural do homem acreditar que possui diretamente a verdade; daí resulta que está sempre disposto a negar tudo o que lhe é incompreensível." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 4: De Spinoza a Kant. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2005, p. 153.

[316] Para Hegel, aliás, "(...) a ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a ideia, porquanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria. Como parte da filosofia, tem um ponto de partida definido que é o resultado e a verdade do que precede e do qual constitui aquilo a que se chama prova. Quanto à sua gênese, o conceito do direito encontra-se, portanto, fora da ciência do direito. A sua dedução está aqui suposta e terá de ser aceita como dado. Pode opor-se ao direito positivo e às leis a sentimentalidade, a inclinação e o livre-arbítrio, mas, pelo menos, não se venha pedir à filosofia que reconheça tais autoridades; a violência e a tirania podem constituir um elemento do direito positivo, mas trata-se de um acidente que nada tem a ver com a sua natureza." HEGEL, Goerg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito** (Berlin, 1920) – material digitalizado pela Universidade Federal de Santa Catarina, obtido em: BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 24 ago. 2006, às 20' 24'', p. 14.

[317] Kant acentuou que "(...) para conhecer um objeto é necessário poder provar a sua possibilidade (seja pelo testemunho da experiência a partir da sua realidade, seja a priori pela razão). Mas posso pensar no que quiser, desde que não entre em contradição comigo mesmo, isto é, desde que o meu conceito seja um pensamento possível, embora não possa responder que, no conjunto de todas as possibilidades, a esse conceito corresponda ou não também um objeto. Para atribuir, porém, a um tal conceito validade objetiva (possibilidade real, pois a primeira era simplesmente lógica) é exigido mais. Mas essa qualquer coisa de mais não necessita de ser procurada nas fontes teóricas do conhecimento, pode também encontrar-se nas fontes práticas." KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos et al. 5ª ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 51.

3.1.2- A desarticulação do saber essencialmente científico: a (re)inclusão do homem na pauta do conhecimento e o reconhecimento da axiologia na atitude epistemológica

Desde logo, lembramos que o renascimento filosófico (período compreendido entre os séculos XIV e XVI) foi marcado por um giro de (re)colocação do homem no centro da contemplação cognitiva.

Esse giro, que pode ser chamado de *neohumanismo* (tomando em conta que aos gregos deve-se a humanização do saber, a partir da *desdivinização* racional do mito), parte, dentre outros meios, de uma releitura das teorias políticas gregas, em contraste com os poderes papal e imperial (império romano-germânico), então predominantes.

Nesse sentido, com a busca da (con)formação de uma vida política livre e republicana a sociedade reclamaria nova configuração da política, inclusive, substituindo o divino pelo homem[318].

O homem, portanto, teria de ocupar posição central não só no campo da política e da religião, mas em todos os campos do conhecimento, notadamente pelo fato de que é o construtor do seu próprio destino, livre para *ser* e compreender, a si e ao mundo que habita[319].

---

[318] Anote-se que a expansão da atividade marítima contribuiu, significativamente, para esse novo quadro. Naturalmente, ao tocar terras até então desconhecidas, os exploradores encontram culturas acentuadamente plurais (modos plurais de ver, viver e compreender), antagônicas ao que se tinha até então, por imposição do império romano-germânico. Estas novas fontes de conhecimento, uma vez difundidas, principalmente na Europa, serviriam de substrato essencial para o fomento da crítica sobre o então *status quo*. Os novos questionamentos no campo cultural e político alcançaram as estruturas de poder e levaram à fragilização da Igreja Romana. Foram estas ideias, inclusive a de liberdade de crença, que conduziram à Reforma Protestante e, consequentemente à violenta resposta da Inquisição (a Contrarreforma).

[319] Não obstante o cenário apresentado durante os séculos XVII e XVIII, Huenemann lembra que "(...) o pensamento filosófico foi marcado por um agudo ceticismo, por uma dúvida profunda sobre as dimensões da razão humana, e de sua capacidade de (com)preender o mundo e a si mesmo; alguns denominam esta fase de filosofia moderna, ou grande racionalismo clássico, a partir de Descartes, Galileu, Newton, Pascal, Leibinz, Gassendi, Baruk de Espinosa, Francis Bacon, Hobbes, John Locke, Berkley, Malembranche, e outros. Aliás, Descartes pensa que pode estar errado de quase tudo, à exceção do fato de que a mente existe. Ele argumenta que somente Deus poderia ser a causa de tal ideia. E a existência de Deus garante por sua vez tudo que ele clara e distintamente percebe com sua mente precisa ser verdade. Pensa que temos ideias inatas, em especial a ideia de Deus. Um ano mais tarde ele afirmará que todas as ideias são inatas, e elas chegam à consciência graças às condições externas apropriadas." HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 50.

Logo, partindo-se de questionamentos sobre o próprio saber, conclui-se que só o sujeito, e mais ninguém, seria competente para a construção do conhecimento, através de definições intelectuais do objeto[320].

Acreditava-se, além disso, que esta operação cognitiva seria axiologicamente neutra, desgarrada de qualquer influência valorativa.

No entanto, a suposta neutralidade axiológica seria desconstruída, principalmente, pelos estudos de Sigmund Freud e Karl Marx[321].

Marx e Freud, cada qual em seu campo de atuação, utilizando-se das categorias inconsciente e ideologia, apontaram que as verdades e certezas obtidas até então não seriam tão sólidas quanto supúnhamos; a humanidade seria advertida sobre a ilusão de que nós agimos menos por liberdade que por coerção[322].

Dessa feita, passamos a notar que a nossa atuação perante o mundo e para nós mesmos é submetida a uma série de contingências e condicionamentos, não somente externos, mas, sobretudo internos.

Por um lado, a psicanálise freudiana demonstraria que o sujeito não é absolutamente neutro, nem isento de interferências, ainda que veladas, na compreensão do mundo e de si próprio.

---

[320] De acordo com os estudos de Johannes Hessen, "(...) conhecimento quer dizer uma relação entre sujeito e objeto. O verdadeiro problema do conhecimento, portanto, coincide com a questão sobre a relação entre sujeito e objeto. Vimos que, para a consciência natural, o conhecimento aparece como uma determinação do sujeito pelo objeto. Mas será correta essa concepção? Não deveríamos, pelo contrário, falar do conhecimento como uma determinação do objeto pelo sujeito? Qual o fator determinante no conhecimento humano? Seu centro de gravidade está no sujeito ou no objeto? Pode-se responder a essa questão sem estabelecer o caráter ontológico do sujeito e do objeto. Nesse caso, estaremos diante de uma solução pré-metafísica do problema. Seu resultado pode ser tanto favorável ao objeto quanto ao sujeito. No primeiro caso, teremos um objetivismo; no segundo, um subjetivismo. Esta expressão, porém, tem aqui um significado completamente diferente do que tinha antes. Se o caráter ontológico do objeto for incluído na discussão, duas decisões são possíveis. Ou se admite que todos os objetos possuem um ser ideal, de pensamento (é o modo de ver do idealismo), ou se afirma que, além dos objetos ideais, há objetos reais, independentes do pensamento. Esse é o modo de ver do realismo. No seio de cada uma dessas duas perspectivas básicas, são possíveis diferentes pontos de vista. Finalmente, podemos solucionar o problema sujeito-objeto retrocedendo ao absoluto, aos princípios últimos das coisas, e determinando a partir daí as relações entre ser e pensamento. Temos, nesse caso, uma solução teológica do problema. Ela pode ser dada tanto num sentido monista-panteísta quanto num sentido dualista-teísta." HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50.

[321] Os pensamentos de Karl Marx e Sigmund Freud foram significativos para a tomada de uma atitude crítica perante os saberes supostamente racionalizados dos séculos XIX e XX.

[322] O conceito da liberdade é o rochedo de todos os empiristas, mas é também a chave dos princípios práticos mais sublimes para os moralistas críticos que compreendem, com isso, que devem necessariamente proceder de um modo racional. Sobre o tema, confira KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Tradução Antonio Zozaya. 3ª ed. Madri: Mestas ediciones, 2008, p. 16-30.

Freud demonstrou que somos cativos dos nossos desejos e frustrações; que nosso protagonismo segue um roteiro bem mais preciso e estrito, diverso da emancipada e criativa liberdade que acreditávamos gozar.

Aliás, é do plano submerso, da inconsciência, segundo Freud, que radicam os comandos e determinações do nosso querer, ordenando nossa consciência e (con)formando nossas ações.

A contribuição de Freud para a desarticulação do saber essencialmente científico pode ser bem ilustrada com as suas três feridas narcisísticas. Segundo ele, o narcisismo dos seres humanos foi ferido por três vezes.

A primeira ferida narcisística veio com Copérnico, ao demonstrar que a Terra não estava no centro do universo, e que o homem não está no centro do mundo.

Em seguida, Darwin promoveria a segunda ferida ao demonstrar que o homem não é um ser criado por Deus para dominar a natureza, mas apenas um dos elos da evolução, descendente de primatas.

Por fim, ele mesmo, Freud, com a psicanálise, nos revelou que a consciência, ao contrário do que pensávamos, é, em verdade, o menor e mais fraco fragmento de nossa vida psíquica[323].

Por outro turno, Marx revelaria que a atuação científica estaria próxima da política, ao contrário do que se pensava[324].

Para chegar a essa conclusão, Marx demonstraria que a atuação epistemológica possuía acentuada carga axiológica, seja pelas influências subjetivas

---

[323] Com relação a este último ponto, vale lembrar que a psicanálise é a análise da vida psíquica, e tem como método a interpretação e a linguagem. (cf. cinco ensaios sobre a psicanálise).

[324] Nesse aspecto, vale lembrar que, a partir do século XIX, pretende-se uma classificação científica singular e, supostamente, autônoma, desgarrada da filosofia. Aliás, a segunda revolução industrial reforçou a crença cega no saber científico e a certeza de que a ciência (e somente ela) seria capaz de oferecer todas as respostas às questões do homem. Desse modo, desde o domínio da própria natureza, passando pela organização racional e eficiente da sociedade (inclusive, eficiência política-economia e jurídica), até para a psique do homem, haveríamos de encontrar respostas nos saberes das ciências. No entanto, esse êxtase otimista que arrebatou o século XIX, como um lampejo agudo que ilumina e logo cega, desapareceu com as carnificinas das duas grandes guerras. Não só as duas grandes guerras, mas também os abusos e excessos do homem, com a natureza e com os seus iguais, manchariam de sangue todo o século XX, colocando-nos, paralisados e boquiabertos, diante de um cenário – que até então iluminado e confortável - escuro, gélido e aterrador. Mas como o homem – assim acredito – é um espécime deveras insistente (para não dizer estúpido), parece que não apreendeu muito sobre o que viu, e entra no século XXI repetindo os mesmos gestos irascíveis que há tão pouco tempo nos deixou em choque. Os recentes conflitos da Síria, os violentos confrontos no Egito e em outros países africanos, são evidentes para reconhecermos o presságio do poeta (se é certo que o tempo não para, também é certo que vemos o futuro repetir o passado, vemos um museu de grandes novidades). Se nos puséssemos à ocupação de arrolar todos os erros que se repetem no nosso século, certamente não teríamos espaço para outras ideias; nem fortaleza espiritual para suportas dores num punhado de palavras; suponho.

do cientista na compreensão do seu objeto, seja pelo direcionamento político dos protagonismos científicos[325].

Conforme essa percepção, a ciência deveria ser tomada como um conjunto de saberes, axiologicamente influenciado, projetado metodicamente ao conhecimento do seu objeto.

Pelo demonstrado nenhuma ação humana é axiologicamente neutra, inclusive no plano epistemológico. Assim, de acordo com esta tese, o Magistrado tem de reconhecer que os homens são essencialmente conduzidos por valores e que muitos deles são colhidos durante sua existência cultural.

Esta perspectiva, por seu turno, implicará a reaproximação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscitível, conforme veremos adiante[326].

[325] A contribuição de Marx desponta de suas investigações, seguindo os estudos de Feuerbach, sobre o modo como se formam as religiões e a necessidade que o homem tem de apresentar uma explicação para origem e finalidade do mundo, projetando para fora de si um ser superior em qualidades que se julga melhor. De acordo com esse curso, o homem hipertrofia esse ser de qualidades superlativas, passando a adorá-lo e a temê-lo, esquecendo-se que foi ele mesmo, o homem, que o criou e cultuou. Vê-se que o criador é dominado pela própria criatura. Neste caso o sujeito é um alienado, pois não se reconhece no outro que ele mesmo criou. Daí Feuerbach denominar esse fato de alienação. Aliás, valendo-se da ideologia como categoria ideal (aqui no sentido literal de ideia, não do que seria o melhor), Marx busca sustentar que somos finalisticamente orientados em nossa ação social. Assim, segundo Marx, as forças externas ao sujeito, embora imperceptíveis, tolhem a sua liberdade de ação e lhes impõe comportamentos à realização de um projeto alheio, dos detentores do poder. Nessa linha de pensamento, portanto, os detentores dos poderes econômico e social condicionariam, estrategicamente, a atuação política de todos os agentes da sociedade. Note-se que, ao contrário de Freud, com sua contemplação subjetiva, Karl Marx buscou demonstrar as contingências do ser humano no plano metassubjetivo, vale dizer, nas relações dos sujeitos em uma dada sociedade.

[326] Nesse sentido, com veremos oportunamente, de certo modo é o próprio sujeito que concebe os contornos do objeto contemplado. Oportuno destacar que, no plano do direito, estas questões serão de fundamental importância, notadamente no que se refere à construção das normas jurídicas por seus intérpretes.

3.1.3 - A (re)união do sujeito cognoscente ao objeto cognoscitivo[327]

Inicialmente, nota-se que, refutando-se as convicções racionalistas da modernidade, a pós-modernidade nos demonstraria que não há separação absoluta entre sujeito cognoscente e objeto cognoscitivo[328].

De acordo com essas concepções, os sujeitos são universos semânticos extremamente variados, compostos dos mais complexos e distintos saberes e valores. Aliás, desde que o homem tem o primeiro contato com o mundo sensível, passa a coletar e absorver dados do ambiente[329].

Nesse sentido, ao se lançar à captura cognitiva de qualquer objeto, o sujeito, imperceptivelmente condicionado pelos saberes prévios, é convidado a descrevê-lo nos motes propostos por sua subjetividade[330].

Aliás, é o sujeito cognoscente que concebe, a partir de saberes previamente consolidados em seu intelecto, o objeto cognoscitivo e o apresenta ao mundo[331].

---

[327] A propósito do tema Morin ponderou que "(...) a separação sujeito/objeto é um dos aspectos essências de um paradigma mais geral de separação/redução, pelo qual o pensamento cientifico ou distingue realidades inseparáveis sem poder encarar sua relação, ou identifica-as por redução da realidade mais complexa à menos complexa. Assim, física, biologia, antropossociologia tornam-se ciências totalmente distintas, e quanto se quis ou quanto se quer associa-las é por redução do biológico ao físico-químico, do antropológico ao biológico. Precisamos, portanto, para promover uma nova transdisciplinaridade, de um paradigma que, decerto, permite distinguir, separar, opor, e, portanto, dividir relativamente esses domínios científicos, mas que possa faze-los se comunicarem em operar a redução. O paradigma que denomino simplificação (redução/separação) é insuficiente e mutilante. É preciso um paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidade elementares e às leis gerais." MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2002, p. 138.

[328] Durante a modernidade (ocaso do século XVIII até meados dos anos 80, do século XX) encontramos grandes avanços na operacionalização da razão. Ademais, o racionalismo como meio para compreensão do ser e estar sugere-nos conceitos antitéticos como razão e loucura, ser e parecer, sujeito e objeto, causa e efeito, liberdade e condicionamento, público e privado etc. Já na pós-modernidade vamos encontrar discussões sobre a utilidade do saber, nas categorias de verdade e falsidade. Sugere-se que verdade e falsidade são qualidades descartáveis do ponto de vista cognitivo, notadamente pela refutação da neutralidade axiologia do sujeito cognoscente perante o objeto cognoscitivo. Verdade e falsidade seriam apenas falácias, retórica. Na pós-modernidade notamos que o caminho correto talvez estivesse por entre as curvas da pré-modernidade, e que as certezas da modernidade não eram tão seguras como se pretendia que fossem. A possibilidade de se buscar o saber a partir da coalisão de ferramentais, até então, aparentemente, incompatíveis, é evidenciada. A retórica, menos como argumento da verdade, e mais como um discurso razoável e persuasivo, e a hermenêutica, com sua personalidade mais inclinada à compreensão do que à explicação, revelam-se menos inadequadas que as perspectivas anteriores. Igualmente, a observação holística e interdisciplinar mostra-se mais correta, ou menos incorreta, com a substituição do modelo contemplativo do binômio sujeito/objeto, para o binômio sistema/ambiente.

[329] Vale dizer, todo observador encerra em si uma imensidão axiológica.

[330] Aliás, em toda pretensão cognitiva, por maior que seja o esforço de neutralidade, são as notas axiológicas que irão dar seu tom na melodia narrativa; as notas subjetivas sempre darão o tom na pintura descritiva do objeto.

Em outros termos, ontologicamente, o 'ser' só pode ser compreendido após se submeter à filtragem axiologia do observador[332].

Percebe-se, portanto, que o objeto contemplado pelo sujeito não é um ser em si, autônomo e isolado, absolutamente livre de qualquer outro, à espera de uma compreensão pelo sujeito[333].

Não. O objeto do saber é construído em parte pelo sujeito que se debruça sobre ele, e pelo universo de saberes que carrega consigo[334].

Por tudo que se ponderou, concluímos que toda atitude projetada para a produção do conhecimento radica-se essencialmente nas entranhas axiológicas do ser humano.

Dado que o Magistrado se insere, naturalmente, nesta condição, ele tem de conscientizar que sua atuação cognitiva, sobretudo na seara processual, é, de fato, referenciada em valores.

Partindo desta orientação, a atuação jurisdicional deve buscar seus paradigmas nos valores que se mostrem mais estimados pela sociedade do seu tempo.

Portanto, pelo que defendemos nesta tese, o Magistrado de nosso tempo deverá ser crítico, exercer a filosofia e reconhecer a pluralidade dos campos

---

[331] A busca pelo objeto cru, ontologicamente revelável, desvendado tal e qual já "era" (ou estava, em sua impermanência) pelo sujeito cognoscente não passa de uma idealidade.

[332] Como toda operação descritiva sofre intensa carga valorativa, ao apreender e compreender o objeto o sujeito sempre o modifica. Essa operabilidade semântica e construtiva, escorçada nos vetores da analítica aristotélica, epistemologicamente considerada revela-se um método deveras eficiente para uma busca mais precisa do saber pela ciência. Pensadores como Edmund Russerl, Wittgenstein, Gadamer e outros, foram grandes contribuintes desse método. No Brasil, Lourival Vilanova, seguido por Paulo de Barros Carvalho, aborda a aplicação do método para a compreensão do direito (construtivismo lógico-semântico). Todas estas questões, naturalmente, estão ligadas à linguagem. Aliás, de acordo com Wittgenstein, "(...) a atividade essencial da linguagem é afirmar ou negar factos. Dada a sintaxe de uma linguagem, o sentido de uma frase é determinado logo que o sentido das palavras componentes é conhecido." WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 3.

[333] Sobre esse ponto, Hessen sugerirá que "(...) conforme a visão monista-panteísta de Schelling e Espinosa, para o conhecimento metafísico, sujeito e objeto estão em essência unidade de substância universal. Já a visão dualista-teísta, perpetrada ao longo da história por Platão, Aristóteles, Plotino, Agostinho, Tomás de Aquino e Descartes, aduz que existe uma diferença metafísica entre o sujeito e o objeto, ou seja, entre o pensamento e o ser. Porém, eles derivam de uma fonte comum, a divindade, que lhes confere harmonia e concordância." HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67/69.

[334] A compreensão de que o sujeito cognoscente e o objeto cognoscitivo não são absolutamente distintos reconduz à ação filosófica e, por conseguinte, à retomada de pontos que até então estavam, aparentemente, superados. É mesmo uma prova de que o ser é uma dialética constante, um ir e vir sem cessar, uma partida e uma chegada a cada instante.

operativos do conhecimento, afastando-se do isolamento dogmático das disciplinas jurídicas.

Além de ser crítico, guiar-se por vetores filosóficos, e compreender a pluralidade estrutural do saber, o Magistrado contemporâneo precisa se valer de todos os recursos cognitivos possíveis e disponíveis ao desempenhar seu papel no cenário processual.

De outro lado, malgrado os aparentes distanciamentos entre a filosofia e a ciência, no campo da ciência do Direito, o Magistrado tem de assumir uma postura epistemológica humanizada e emancipatória[335].

Para tanto, deve conscientizar-se de que o homem é o centro de produção do conhecimento e que pela presença da axiologia na atitude epistemológica, atualmente, há acentuada aproximação entre o sujeito cognoscente e objeto cognoscitivo.

[335] Nesta discussão, questão relevante é a incorporação e o financiamento do saber científico pelos grandes complexos industriais e militares, resultando uma produção científica direcionada ao atendimento dos desejos de grupos específicos. Assim, o que, como, e para que, pesquisar são questões que deixam de ser definidas pelo cientista e passam a ser determinadas pelo financiador da ciência, no interesse amesquinhado de pequenos grupos privados. Além disso, a corporação (*The Corporation*), por outro lado, sob o formato jurídico da personalidade, passa a atuar sem comprometimentos éticos, irresponsavelmente, sem os limites e contingenciamentos experimentados pelo ser humano. É de se notar que, a personificação de sujeitos de direitos, embora seja de muita utilidade para a sociedade contemporânea, também apresenta graves desarranjos, notadamente, no campo da ética e da responsabilização. A transnacionalização dessas entidades, a autonomia e insubmissão normativa colocam esse modelo corporativo sob sérias dúvidas a respeito de sua conveniência. Além de não atender ao interesse da coletividade de um modo geral, ocupando-se com o interesse de pequenos grupos, essas grandes corporações acentuam a miséria e a opressão, em países mais pobres. A miséria e o desemprego, somados ao afrouxamento protetivo dos direitos humanos, oferecem férteis campos para exploração impiedosa das grandes corporações. O *dumping* social é uma realidade, e não podemos negar que a sua prática é largamente facilitada por modelos corporativos transnacionais. Por não possuir afeto, além de outros sentimentos elevados, que contingenciam (ou ao menos deveriam) o homem no agir, as corporações não se sentem impactadas moralmente por quase nada (talvez por nada). As razões, instrumental e crítica, expostas pela Teoria crítica da Escola de Frankfurt, nos colocam no enfrentamento destes problemas. Enquanto que a razão crítica se ocupa da análise dos limites e consequências, eventualmente perniciosas, do pensamento instrumental, a razão instrumental, ou tecnocientífica, toma as ciências como instrumento de opressão e amputação da liberdade do homem. Para a razão crítica as pretensões de domínio e controle devem ser refutadas, para a concepção de uma ciência voltada à emancipação do homem. As mudanças sociais, de um modo geral (políticas, econômicas, jurídicas), devem ser operadas a partir de uma promoção científica emancipatória. No lugar de domínio e controle, a instrumentalidade e a tecnologia científica devem ceder lugar para a emancipação “do”, “pelo” e “para” o homem.

3.2- Topografia epistemológica do Direito

As questões enfrentadas neste tópico reafirmam o nosso entendimento de que para o bom desempenho da atividade jurisdicional é salutar que o Magistrado tenha plena lucidez sobre o espaço ocupado pelo Direito dentro do espectro científico[336].

3.2.1 – Filosofia do Direito[337]

A despeito de tudo que se expôs, seguindo nosso propósito de desvendar os limites topográficos do Direito no campo do conhecimento, convêm, de início, algumas reflexões sobre a Filosofia do Direito[338].

---

[336] Aliás, a Min. Carmen Lúcia esclarece que o termo 'ciência', enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que 'O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas' (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a CF dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Min. Cármen Lúcia). (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010).

[337] Para uma introdução crítica sobre a filosofia do direito, confira WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia do ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 4.

[338] É relevante realçarmos que para alguns, como Oliveiros Litrento, "(...) a Filosofia do Direito não pode nem deve ser considerada uma disciplina jurídica porque é mais do que isso: é a própria Filosofia aplicada ao Direito. Se a Filosofia significa amizade ou amor pela sabedoria, Filosofia do Direito quer dizer amizade ou amor pela sabedoria jurídica. Logo, para ser estudada, exige conhecimento prévio dos grandes temas que, já durante milênios vêm sendo abordados pelo que existe ou que existiu de melhor no pensamento humano. Compreende, assim, a filosofia, a procura da razão de ser do homem e da vida. Quando tornada filosofia do Direito exige a compreensão do fenômeno jurídico a apresentar sempre o homem, quer como sujeito ativo ou passivo, diante do objeto jurídico e do Estado, quer como a encarnação do próprio Estado, a proteção-constrangimento que se transforma, muitas vezes, em tão-somente instrumento de coerção e de castigo. As grandes correntes naturalista, racionalista, antinaturalista, antirracionalista, humanista, fenomenológica, axiológica e existencialista são apenas perspectivas doutrinárias, pontos de vista às vezes de tradição milenar, versando sobre uma mesma e única realidade: o direito. A problemática da realidade jurídica não se esgota nunca. Aparentemente existencialista e utilitária, mas permanentemente ligada à paixão pela verdade essencial, que é a finalidade puramente especulativa e, portanto, filosófica, nossa sociedade pressupõe aquela realidade, a jurídica, na qual todos estamos inseridos. Há uma exigência ôntico-axiológica que nos leva a perguntar sempre pela finalidade de nossas ações e se a atividade de cada homem deve ser julgada em função do bem e do mal, da felicidade de cada um ou do bem-estar de todos. Qualquer resposta dada derivará de especulação filosófica e tanto mais primária a solução quanto mais afastada da investigação correta." LITRENTO,

Aliás, tendo em conta a polissemia do termo Direito, também na seara da filosofia do Direito haverá discussão sobre os contornos exatos do seu objeto[339].

Veja-se que, enquanto Stammler dirá que cabe à filosofia do Direito o estudo do justo ou injusto, Kelsen vai relegar a temática do justo ou injusto ao campo da ética, ou seja, fora do plano de estudo do jurista[340].

Em outro sentido, Del Vechio leva a discussão ao campo da política, dizendo que é pela filosofia do Direito que deve haver a luta contra o abuso e a tirania.

Oliveiros. **Curso de Filosofia do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 03. Ainda, sobre as diversas vertentes do existencialismo, confira REYNOLDS, Jack. **Existencialismo**. Tradução Caesar Souza Petrópolis: Vozes, 2012.

[339] No que toca esta questão, são valorosas as seguintes contribuições de Sílvio Macedo. Para o autor "(...) o pensamento jurídico contemporâneo é rico em estilos de pensar e se caracteriza por uma imensa ânsia de libertação das ortodoxias tradicionais, como se poderá verificar na análise dos autores objeto deste trabalho. Se, com Del Vecchio, vemos a contestação do mecanicismo, do historicismo, do positivismo, Radbruch utiliza a nova teoria dos valores no campo jurídico. Capograssi investe com a nova metodologia para renovar a ciência jurídica envelhecida, Stone propõe o direito como o controle dos controles sociais, Verdross admite uma lei jurídica essencial como fonte da lei positiva, Maynez retoma as análises de pesquisa de Kelsen numa progressão de sua teoria jurídica, Cossio contesta o racionalismo, o historicismo e o sociologismo jurídicos, criando um novo sistema, Recaséns Siches coloca o direito no seio da vida humana numa visão totalizante dos valores, Reale revoluciona a ciência jurídica com a implantação dos 'modelos jurídicos' — a maior construção epistemológica no campo jurídico, nas Américas —, além da precedência de sua teoria da trivalência do direito, que o havia situado entre os grandes juristas de preocupação científica rigorosa do século XX, Pontes de Miranda realiza a primeira e grande sistematização do neopositivismo como projeção no direito e, finalmente, um novo filósofo e jurista brasileiro, Pinto Ferreira, testa a dialética em sua última fase no campo jurídico, numa afirmação de pensamento original que caracteriza seu gênio criador. Nessa análise do panorama atual do pensamento jurídico, nota-se a presença viva dos pensadores do continente americano e especificamente brasileiro (Reale e Pontes de Miranda), que prova que os homens de ciência do novo continente já disputam no cenário universal ombro a ombro com os grandes pensadores europeus. Se, no Brasil, o pensamento jurídico brasileiro se desenvolvia como repetição ou exportação pura e simples das ideias vigentes nos centros europeus, ora nas lides do tradicionalismo católico de origem portuguesa ou espanhola (literatura de preferência desses juristas) ou do positivismo jurídico do tipo francês, de pouca fecundidade, ou de um sincretismo historicista e dogmático incolor, a obra de Pontes de Miranda e Miguel Reale, dominando toda a dogmática e imprimindo a nova metodologia, criando novos modelos interpretativos, renovando todo o sistema jurídico, desde suas bases científicas às suas cumeadas filosóficas, permitiria a conclusão de que o pensamento jurídico brasileiro já havia amadurecido, com a realização de uma obra original, marcada pela criatividade, superando toda a história anterior do direito brasileiro de mera colheita das ideias alheias, ali e acolá com alguns detalhes de originalidade, mas sem a sistematização desejada pela ciência atual." MACEDO, Sílvio. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1982, p. 129/130.

[340] Sobre este problema Lafer lembra que "(...) no paradigma da Filosofia do Direito houve influência de Kant sobre o normativismo, como tal entendido o esforço dos jusfilósofos de definir o Direito pela forma, dada a impossibilidade de qualificá-lo pelo conteúdo. De fato, os jusfilósofos formalistas absorveram, em maior ou menor grau, a concepção kantiana do Direito enquanto ciência isolada da natureza e separada da Política e da Economia, como se pode ver na aspiração kelseniana de construir uma Teoria Pura do Direito. Foi também grande o impacto de Kant na teoria Geral do Direito por via da pandectística, que marcou a jurisprudência dos conceitos. Esta, do ponto de vista do juízo encarado como determinante, teve por função buscar definir, a priori, com precisão e rigor, os conceitos jurídicos empregados pela lei, procurando eliminar, dessa maneira, as obscuridades da premissa maior do silogismo jurídico." LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 279.

Já Miguel Reale, ao se ocupar da atuação filosófica sobre o Direito, sugere uma divisão entre duas categorias.

Primeiramente, haveria a Filosofia do Direito Implícita, operada desde os gregos até Kant[341].

Em seguida, surgiria a Filosofia do Direito Explícita, iniciada com Hegel, até os dias hodiernos. Somente a partir de Hegel, segundo Reale, a Filosofia do Direito ganharia autonomia[342].

A propósito do mote, Willis Santiago Guerra Filho assinala que a filosofia do Direito, nessa concepção, teria se tornado um acumulado de conhecimentos colhidos a partir da contemplação do Direito. Analogicamente, ele aponta que a filosofia do Direito distanciara-se da filosofia, tal como a semiótica distanciara-se da lógica.

---

[341] Segundo Dudley, "(...) a revolução epistemológica de Kant tenta estabelecer o conhecimento metafísico, determinando as condições necessárias da possibilidade da experiência. Kant limita o conhecimento às aparências, e nega que nós podemos saber alguma coisa sobre as coisas-em-si. A limitação do conhecimento às aparências refuta as afirmações dogmáticas do determinismo. Kant argumenta que a nossa experiência da obrigação moral só faz sentido se formos verdadeiramente livres. A moralidade, segundo Kant, obriga-nos a ignorar nossas inclinações e a realizar os nossos deveres com base puramente na lei racional que é a sua fonte. Kant afirma que nós, como animais racionais, necessariamente esperamos que o valor moral e a felicidade coincidam. Ele alega que esta esperança pode ser sustentada apenas postulando a existência de Deus e a imortalidade da alma. Kant argumenta que a nossa experiência das formas orgânicas na natureza nos leva a julgar que um ser inteligente criou o mundo com o objetivo de permitir que os animais racionais utilizem sua liberdade para os fins morais." DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 74.

[342] Além disso, como sugere Adeodato, "(...) a filosofia do direito envolve pelo menos três lados: primeiramente, o científico, na falta de melhor nome, isto é, a descrição de fenômenos, objetos, fatos, relações, como se queira chamar a multiplicidade de percepções, incluindo o processo de estabelecer laços conceituais entre os objetos observados dentro de uma teoria em certa medida coerente, sistematizável, transmissível, como dito. Em segundo lugar, a filosofia por vezes cuida do lado ético, pode-se até dizer existencial, com o objetivo pragmático de nortear o ser humano para viver o mais adequadamente possível, segundo parâmetros que ele próprio elege, em suas interações com seus semelhantes, auxiliando a decidir conflitos, a agir no mundo. E, finalmente, de uma perspectiva que podemos denominar metafísica, no plano das ideias de que Kant falava, a filosofia ocupa-se daquelas questões que o filósofo sabe não vai poder responder definitivamente, mas que, inobstante, inquietam um bom número de seres humanos." ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 2. Sobre ética e ciência, Russel disse, inclusive, o seguinte: "(...) o que distingue a ética da ciência não é nenhum tipo especial de conhecimento, mas simplesmente o desejo. O conhecimento exigido pela ética é tal qual o conhecimento em todos os campos; o peculiar é que se desejam determinados fins e a correta conduta é o que levará até eles (...) para que a definição de conduta correta exija uma grande atração, os fins devem corresponder ao que deseja grande parte da humanidade (...) a eficácia total de qualquer argumento ético reside em seu componente cientifico, isto é, na prova de que um tipo de conduta, mais do que qualquer outra, é o meio para alcançar um fim amplamente desejado." RUSSELL, Bertrand. **No que acredito**. Tradução André de Godoy Vieira. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 55.

Para o professor da PUC/SP, no plano jurídico, embora devamos comemorar a atitude filosófica, é certo que temos de reconhecer que os avanços não foram significantes[343].

Historicamente, a filosofia do Direito tornou-se um conjunto de saberes acumulados sobre o Direito (objeto específico), distanciando-se da filosofia, como a semiótica se distanciou da lógica. A título de ponderação, Willis acentua que o saber filosófico continua influenciando a história das ideias jusfilosóficas.

Nesse sentido, aponta que as filosofias do agir comunicativo de Habermas[344] e da arqueologia das práticas humanas de Michel Foucault têm sido motivo de largo impacto intelectual e reflexão entre os juristas[345].

Ademais, lembra que as metodologias jusfilosóficas (Stammler como jusfilósofo neokantiano), muitas vezes (nem todas às vezes, vide, por exemplo, o pensamento de Chaim Perelman, com sua nova retórica, embora a matriz

---

[343] Por ocasião de seus estudos, Luiz Moreira destacou que "(...) à filosofia do Direito cabe mais uma vez demonstrar que, como em tantas outras veze, a Constituição é uma grande conquista, mas não é a última." MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105. Sobre o papel do pensamento filosófico-jurídico no progresso do direito, confira também SICHES, Luis Recasens. **Filosofía del derecho**. 12ª ed. México: Editorial Porrúa, 1997, p. 19.

[344]Para o desenlace de nossas colocações é importante destacar que, segundo Habermas, "(...) a práxis comunicativa cotidiana encontra-se, por assim dizer, refletida em si mesma. No entanto, essa 'reflexão' não é mais uma tarefa do sujeito do conhecimento que se refere a si, objetivando-se. Essa reflexão re-linguística e solitária é substituída pela estratificação do discurso e da ação inserida na ação comunicativa." HABERMAS, Jurgem. **O discurso filosófico da pós-modernidade. Doze lições**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 448.

[345] Billier aponta que há dois tipos de racionalidade nos quais se inscreve a ação humana. Para o mencionado autor, "(...) a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicacional, correspondem dois tipos de regulação social que são operados pelo direito. Do primeiro tipo faz parte o direito como meio. Ao segundo tipo corresponde o direito como instituição (teoria do agir comunicativo de J. Habermas). A tese de Habermas se resume assim: Certamente, um direito que, nas sociedades modernas, assume como essencial a carga de integração social fica exposto à pressão profana dos imperativos funcionais emitidos pela reprodução social; mas ele é ao mesmo tempo submetido à necessidade idealista, por assim dizer, de os legitimar (...). O modelo de uma justiça processual para as sociedades democráticas atuais necessitará de gerenciamentos institucionais que, sem questionar o modelo institucional da modernidade (separação do estado da sociedade civil, separação dos três poderes), vão de qualquer forma colocá-lo em maior conformidade com esta ideia de autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais (...) toda questão relativa ao novo gerenciamento institucional do espaço público não pode ser tratada senão por um jogo combinado entre imaginação institucional e prudente experimentação." BILLIER, Jean-Cassien et al. **História da filosofia do direito**. Tradução Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 433-437.

aristotélica[346] mostrou-se numa projeção inversa, partindo do jurídico para o filosófico), aperfeiçoaram-se na medida dos aprimoramentos filosóficos[347].

Não obstante às divergências assinaladas, numa apresentação sintética, podemos dizer que, no plano da filosofia do Direito, a busca contemplativa para a compreensão do fenômeno jurídico opera-se pelas seguintes linhas teoréticas[348]: I) Jusnaturalismo Clássico (principais referências: Platão e Aristóteles); II) Jusnaturalismo Medieval (principais referências: São Thomás de Aquino e Santo Agostinho); III) Jusnaturalismo Moderno (principais referências: Rousseau[349] e Hobbes); IV) Escola Exegética (referência: ideais da Revolução Francesa e forte apego à lei); V) Escola Histórica ou Historicismo (principais referências: Savigny e um forte apego ao costume); VI) Realismo Jurídico (principais referências: busca pela efetivação do Direito através da aplicação); VII) Realismo Escandinavo (referências: grande apego aos princípios); VIII) Realismo Norte-americano (referências: *common law* e jurisprudência)[350]; IX) Positivismo sociológico ou sociologismo (principais referências: Augusto Conte e Pontes de Miranda. O Direito

---

[346] Já disse Aristóteles que "(...) a retórica é a outra face da dialética; pois ambas se ocupam de questões mais ou menos ligadas ao conhecimento comum e não correspondem a nenhuma ciência em particular. De fato, todas as pessoas de alguma maneira participam de uma e de outra, pois todas elas tentam em certa medida questionar e sustentar um argumento, defender-se ou acusar." ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª ed. v. VIII, tomo I. Tradução Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa, 2005, p. 89.

[347] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

[348] Ibid., p. 08.

[349] Para Rousseau "(...) o homem nasceu livre e em toda parte é posto a feros. Quem se julga o senhor dos outros não deixa de ser tão escravo quanto eles (...) quando um povo é obrigado a obedecer e obedece, ele faz bem; assim que pode sacudir o jugo e o sacode, faz melhor ainda; pois, ao recobrar sua liberdade pelo mesmo direito com que ela lhe foi tomada, esse povo ou tem razão de retomá-la, ou não haveria razão alguma de tirá-la. A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. No entanto, esse direito não vem da natureza, ele está fundamentado em convenções (...) há muita diferença ente a vontade de todos e a vontade geral; esta considera apenas o bem comum, enquanto a outra prende-se ao interesse privado, não sendo senão uma soma de vontades particulares: porém, se retirarmos dessas mesmas vontades nos mais e os menos que se destroem mutuamente, resta como soma das diferenças a vontade geral (...) a concordância de todos os interesses se forma por oposição ao de cada um. Se não houvesse interesses diferentes, mal se perceberia o interesse comum, que jamais encontraria obstáculo: tudo marcharia por si, e a politica deixaria de ser uma arte." ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 23/45.

[350] Certamente, "(...) o Direito (lei positiva) não é flexível (enquanto viger com aquela forma legal), mas é mutável (pela revogação, extinção, derrogação da lei); enquanto a jurisprudência (uniformizada ou sumulada) é flexível (variável de caso a caso) e é mutável (por nova uniformização ou sumulação). Ora, por maior que seja o número de súmulas com vinculação obrigatória, não alcançarão o mesmo nível cogente das leis, que é geral. Para tanto, como já mostramos, o Juiz detém a autoridade da motivação, e os advogados a cultura, o engenho e a arte para argumentarem em contrário às súmulas, oferecendo valiosos subsídios para o Juiz não aplicar, repita-se, fundamentadamente, precedentes vinculantes." SOUZA, Carlos Aurélio Motta de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: Ltr., 1996, p. 245.

é equiparado à Sociologia)[351]; X) Positivismo Jurídico[352] (principais referências: H. Kelsen. Reconhece o Direito como ciência autônoma); XI) Culturalismo (principais referências: Miguel Reale e Meireles Teixeira. A cultura está entre a realidade e o valor. Direito é valor e cultura, ser e dever ser[353]; XII) Pós-positivismo (principais referências: as normas devem conter valor; busca-se a normatividade dos princípios). Obs: do realismo ao pós-positivismo já não mais teríamos "história real" para contar. XIII) Construtivismo lógico-semântico (principais referências: Lourival Vilanova).

[351] Norbert Elias escreveu, a propósito, que "(...) pessoas que vivem em sociedade (assim como a comunidade de credores) estão sujeitas a forças que as compelem. Procuram compreendê-las para que , com a ajuda desse conhecimento, possam adquirir um certo controle sobre o decurso cego dessas forças compulsivas, cujos efeitos são muitas vezes destruidores e destituídos de qualquer significado, causando muito sofrimento. O objetivo é orientar essas forças de modo a encontrar-lhes significado, tornando-as menos destruidoras de vidas e de recursos. Daqui decorre ser fundamental para o ensino da sociologia e par a sua pratica de investigação, a aquisição de uma compreensão geral dessas forças e um aumento de conhecimentos seguros das mesmas, através de campos especializados de investigação." ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Tradução Maria Luísa ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 35.

[352] Sobre o tema, é relevante acentuar que "(...) com a decaída do Império Bragantino, o êxito do programa republicano abolicionista ensejou a emersão de um novo paradigma jurídico intelectual e político: o positivismo jurídico. A Escola de Recife, particularmente, expressava a postura materialista, evolucionista e positivista em detrimento ao jus naturalismo tomista escolástico, à metafísica iluminista e ao ecletismo espiritualista. Posteriormente, a Escola de Recife se ajustaria mais à órbita do monismo, do cientificismo e do sociologismo. É possível notar, no período da velha República Oligárquica Maçônica, a produção de uma consciência jurídica burguesa laicizada ainda arraigada com a mentalidade legal dogmática. Nesse contexto, observa-se a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco como o baluarte do bacharelismo liberal e do formalismo jurídico tradicional. WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125/142.

[353] Neste ponto revelam-se essencial mencionar as seguintes reflexões de Miguel Reale: "Ora, a Filosofia do Direito, esclareça-se desde logo, não é disciplina jurídica, mas é a própria Filosofia enquanto voltada para uma ordem de realidade, que é a "realidade jurídica". Nem mesmo se pode afirmar que seja Filosofia especial, porque é a Filosofia, na sua totalidade, na medida em que se preocupa com algo que possui valor universal, a experiência histórica e social do direito (...). O direito é realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e de convivência. É exatamente por ser o direito fenômeno universal que é ele suscetível de indagação filosófica. A Filosofia não pode cuidar senão daquilo que tenha sentido de universalidade. Esta a razão pela qual se faz Filosofia da vida, Filosofia do direito. Filosofia da história ou Filosofia da arte. Falar em vida humana é falar também em direito, daí se evidenciando os títulos existenciais de uma Filosofia jurídica. Na Filosofia do Direito deve refletir-se, pois, a mesma necessidade de especulação do problema jurídico em suas raízes, independentemente de preocupações imediatas de ordem prática." REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

3.2.2 – Direito positivo e ciência do Direito

Para contribuir com o nosso desafio, além do que já foi esboçado, neste momento, mostra-se conveniente um breve cotejo sobre as ciências naturais, as ciências sociais e o próprio Direito[354].

Nesse caso, de início, insta salientar que com o reconhecimento do valor na composição das ciências, exsurge uma dicotomia entre ciências naturais e ciências sociais, de acordo com a intensidade axiológica em cada um desses saberes.

É autorizado aduzir, portanto, que a nota distintiva entre as ciências sociais e naturais é justamente a carga axiológica. Além disso, como visto, no espectro epistemológico é incontroversa a inexistência de neutralidade axiológica plena, como queriam os pensadores modernos, ou seja, no campo da epistemologia o valor estará sempre presente[355].

Seguramente, em alguns campos a presença do valor é mais significativa que em outros, como se passa, por exemplo, com o Direito, ladeado por todas as demais ciências que tomam o comportamento do homem por objeto[356].

---

[354] Habermas assinala que "(...) enquanto as ciências naturais e as ciências humanas, que em outras circunstâncias se mostram como mutuamente indiferentes, podem viver em uma coexistência mais hostil do que pacífica, as ciências sociais precisam equilibrar internamente a tensão entre as abordagens divergentes; aqui a própria práxis de pesquisa impõe a reflexão sobre a relação entre modos de procedimento analíticos e hermenêuticos." HABERMAS, Jürgen. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 12.

[355] Malgrado o acima exposto, naturalmente, não se mostra adequada, inclusive do ponto de vista lógico, a utilização dos mesmos métodos das ciências naturais, no campo das ciências humanas, tal e qual pretendiam os positivistas. Com efeito, a assunção dos rigores positivistas na compreensão do fenômeno jurídico apresentaria, certamente, resultados distorcidos do objeto pretendido, dado que porque a estática, ou melhor, a menor variabilidade temporal dos fenômenos naturais, não ocorre da mesma forma que nos fenômenos humanos. É lógico, a mutação constante do homem e da cultura, na qual está inserido, exige um modelo de compreensão próprio, maleável e tolerante às constantes alterações do objeto contemplativo.

[356] Sobre a questão, confira o seguinte aresto do STF: "A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião in vitro, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica 'a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça' como valores supremos de uma sociedade mais que tudo 'fraterna'. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a

Pode-se dizer, dessa forma, que, considerando que as ciências sociais tomam por objeto o comportamento humano, e que esse é essencialmente contingenciado por valores, as ciências sociais são menos humanas que valorativas[357].

Logo, do ponto de vista científico, o Direito, intensamente relacionado aos valores, aproxima-se das ciências sociais. No entanto, a despeito do exposto, Direito é uma expressão polissêmica. Assim, antes de nos perguntarmos sobre o que é Direito precisamos recuar às diferenças categóricas entre 'ser' e 'dever ser'[358].

Para não abandonarmos o curso de nossas considerações, faremos um breve assentamento sobre o tema.

Repare que a ontologia é o estudo sobre o ser, tal e qual ele é. Logo, a atitude epistemológica, neste campo, é meramente descritiva, ou seja, após a captura do objeto pelos sentidos o sujeito o descreve.

Já a deontologia projeta-se sobre o dever ser e tem por paradigma a norma, considerada uma categoria orientadora da conduta.

---

pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Min. Celso de Mello). (...) A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. "A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas." (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010).

[357] O otimismo progressista que arrebatou o século XIX e atuou fortemente na concepção otimista da ciência, como visto, tocou também as margens da política. A certeza de que a busca (o alcance) da perfeição e felicidade não estaria em outro meio, senão na ação humana, despontou no florescimento de movimentos ideológicos revolucionários, como o socialismo científico, o socialismo utópico e o anarquismo. Da mesma forma que o entusiasmo inebriante se fez cessar com as guerras, no campo da tecnologia, na política não tivemos surpresas tão diversas. Assim como o século XX nos desapontou pela tecnologia, também o fez pela política. O terror dos regimes totalitaristas como o maoísmo e o nazismo (para não falar de Poi-poti, Mussolini, Franco, Stalin, Salazar, (...) lançou às luzes os problemas não vistos nitidamente na embriaguez dos utopistas revolucionários. A partir daí temos (ou deveríamos), principalmente no plano do direito, de (re)pensar a autonomia do povo perante os governos, bem como a utilização da forma burocrática como instrumento de amputação da liberdade.

[358] Sobre os deveres é auspiciosa a fala de Sócrates, dirigindo-se a Críton: "Portanto, nós temos é que examinar se é nosso dever fazer isso ou não. Porque eu mesmo, não apenas agora – mas sempre – tenho sido deste jeito: de não obedecer a nada mais em mim senão ao discurso que, pelo meu raciocínio, se mostrar para mim o melhor." PLATÃO. **Críton (sobre o dever)**. Tradução André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 121.

Assim, no plano deontológico serão estudados os comportamentos ou condutas, que podem ser desencadeados se, e somente se, o sujeito agir de acordo com a norma.

Num juízo precipitado poderíamos dizer, então, que o Direito é deontológico, sobretudo porque é referenciado essencialmente na norma. Embora parcialmente correta, essa resposta não é a mais ajustada[359].

Neste ponto, ao bem da segurança compreensiva, temos de acentuar as diferenças entre Direito positivo e ciência do Direito[360].

Sinteticamente, podemos dizer que o Direito positivo é formado por um conjunto de normas prescritivas. Já Ciência do Direito é formada por proposições descritivas do Direito positivo[361].

---

[359] Se considerarmos que o Direito é um conjunto de normas orientadoras de condutas dos membros de dada sociedade (Direito positivo), realmente, ele será deontológico. De outro lado, se, tomada certa distância, contemplarmos não as normas singularmente atuantes, mas sim o conjunto (um sistema organizado por normas), teremos de reconhecer sua nota ontológica. Vê-se que, conquanto sem certeza, podemos dizer o que é esse sistema, a partir da sua descrição. Sem embargo, esta contemplação distanciada do direito, para seu apreço como um conjunto de normas, é desempenhada pelo cientista do Direito - aquele que tem o Direito positivo como objeto de sua atuação científica. Neste caso, enquanto o Direito positivo é operado pelos técnicos, advogados, promotores, magistrados, serventuários, partes, interessados etc., a ciência do Direito é manejada pelos juristas, cientistas do Direito. Tomando em conta estas colocações, por ocasião de seus estudos no campo do Direito, Bobbio dirá que "sistema" uma totalidade ordenada, ou seja, um conjunto de organismos entre os quais existe certa ordem (...) quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 231.

[360] Este decote pode ser visualizado, por exemplo, no campo da linguagem. Com efeito, a linguagem da Ciência do Direito é mais coerente e melhor elaborada que a linguagem do direito positivo. O jurista, (cientista da Ciência do Direito) além de ser mais atencioso aos rigores epistemológicos - ao contrário do legislador, que nem sempre é experimentado na operação dos postulados científicos do direito -, busca uma compreensão de todo o conjunto normativo. Tomando todo o Direito Positivo como objeto, o cientista do direito, poderia, a partir de um cotejo contextualizado, evitar conclusões paradoxais e sugestões antinômicas. Para Bobbio, além disso, a norma jurídica é proposição. De acordo com o autor "(...) a norma jurídica é um conjunto de palavras que tem um significado (...) a mesma proposição normativa pode ser formulada com enunciados diversos. O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado. Como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, também uma proposição normativa pode ter um significado e ser – não digamos falsa – mas (...) injusta ou inválida (...) também para as proposições normativas, o critério de significância pelo qual se distinguem as proposições propriamente ditas de um conjunto de palavras sem significados se diferencia do critério de verdade ou validade, pelo qual se distinguem proposições verdadeiras e válidas de proposições falsas ou inválidas." BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista et al.. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2001, p. 74.

[361] Amilcar de Castro sustenta que "(...) a ordem jurídica é um conjunto organizado de princípios gerais, de instituições, de regras, de conceitos, de normas ou critérios, destinados à apreciação de fatos reconstituídos por palavras, faladas ou escritas. Todos os seus elementos são interdependentes, como partes solidárias de um conjunto exclusivo. Sua parte visível compõe-se de instituições, enquanto estas se formam de disposições particulares; as quais, sempre informadas por princípios gerais ocultos, correspondem-se, agrupam-se e classificam-se, conforme as suas diferenças específicas. Em razão dessa classificação, cada qual conserva o lugar que lhe compete; na mesma ordem não pode ser deslocada de uma para outra categoria, nem postergada; nem pode

Logo, enquanto o Direito positivo é um conjunto de normas prescritivas, a Ciência do Direito é um conjunto de proposições voltadas à contemplação e descrição do Direito positivo.

Este recorte epistemológico, malgrado as ressalvas já postas neste trabalho, nos permite uma compreensão mais clara da fenomenologia que envolve o Direito.

Se de um lado temos o Direito positivo, concebido como um corpo deontológico projetado à conformação do protagonismo social[362], de outro temos a ciência do Direito, como um conjunto epistemológico destinado à compreensão sistêmica do Direito positivo.

A expressão "Direito positivo", evidentemente, é pleonástica, principalmente se consideramos que os positivistas, como Kelsen, não reconheciam qualquer outro Direito, além do Direito posto[363]. No entanto, é salutar que nós a utilizemos, notadamente para nos permitir um isolamento conceitual entre Direito positivo e ciência do Direito[364].

---

ser transportada de uma para outra ordem." CASTRO, Amilcar de. **Direito Internacional Privado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 216.

[362] No que se refere aos protagonismos sociais, é relevante comemorarmos a obra de Shakespeare. Jaques (um cavalheiro da nobreza) - Ato II – Cena II: "O mundo inteiro é um palco, e todos os homens e mulheres, apenas atores. Eles saem de cena e entram em cena, e cada homem a seu tempo representa muitos papeis, suas sete idades em sete atos. Primeiro, na infância, é um bebe choramingando e vomitando no colo da ama. Depois é o menino em idade escolar, reclamam, sacola a tiracolo, carinha matinal reluzente, arrastando-se feito lesma, contrariado de ir par aa escola. E então é o apaixonado, suspirando forte como uma fornalha, com uma cantiguinha triste, triste, feita em homenagem às sobrancelhas da amada. Depois é um soldado, cheio de extraordinários juramentos, grandes melenas, barba farta, com um leão, zeloso de sua honra, pronto para executar ordens, rápido no combate, sempre buscando a fama, linda e vazia, mesmo que na boca do canhão. E então é o juiz, barrigudo, estomago forrado de um bom franguinho Capão, olhar severo, cabelo e barba bem aparados, cheio de máximas de grande sapiência e de exemplos banais, e assim ele encena o seu papel. A sexta idade troca de figurino; agora é Pantaleão (um bobo nas farsas italianas), magro e de chinelas, óculos no nariz, bolsa de dinheiro ao seu lado, os calções da mocidade em guardados, o mundo vasto demais para suas pernas débeis, sua voz potente e viril voltando a ser aguda e infantil, um som creio de assobios e sopros e chiados. Na ultima cena, que dita o fim desta admirável história cheia de acontecimentos, temos a volta á infância e o esquecimento, agora já sem paladar, sem dentes, sem enxergar, sem nada." SHAKESPEARE, William. **Como gostais**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 62.

[363] A respeito deste ponto, didaticamente, Joseph Raz sugere que "(...) a eficácia do sistema é uma função da eficácia de suas leis. No entanto, Kelsen nada diz sobre a natureza desse vínculo ou sobre como a eficácia deve ser medida. A eficácia de uma norma pode se manifestar de duas maneiras: pela obediência daqueles a quem a norma impõe um dever; pela aplicação da sanção autorizada por aquela norma." RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 125.

[364] Recebemos estas advertências de Paulo de Barros Carvalho, durante as aulas proferidas no decorrer do curso de doutoramento da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, inclusive no crédito: Ordenamento jurídico e sistemas.

Além disso, por interesses pedagógicos e didáticos, a ciência do Direito é fragmentada em subáreas dogmáticas, como a taxinomia, a hermenêutica[365], e a argumentação[366], jurídicas[367].

Sobre essa questão, merecem destaque as propostas do construtivismo lógico semântico que, segundo Lourival-Vilanova[368] e Paulo de Barros Carvalho,

---

[365] Como bem lembrado por Reale e Antisseri, "(...) Friedrich Scleiermacher foi o precursor da hermenêutica filosófica. A hermenêutica começa a se tornar compreensão em geral da estrutura de interpretação que caracteriza o conhecimento enquanto tal. É preciso compreender o todo para poder compreender a parte e o elemento e, ainda mais geralmente, é preciso que o texto e o objeto interpretados e o sujeito interpretante pertençam ao mesmo horizonte de modo, por assim dizer, circular. Foi o primeiro a teorizar o que modernamente chamar-se-ia círculo hermenêutico. O círculo hermenêutico apresenta duas dimensões, pré-conhecimento necessário da totalidade da obra a interpretar e pertença necessária da obra e do intérprete ao mesmo e mais vasto âmbito." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 5: Do Romantismo ao Empiriocriticismo. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005, p. 22. No mesmo sentido, Rubens Limongi França, acrescenta que "(...) a Hermenêutica, a despeito de acepção lata, em sentido rigorosamente estrito não se confunde com a interpretação do direito, pois, enquanto esta é 'pragmática', aquela é 'especulativa'; a interpretação das formas de expressão do direito deve abandonar os velhos caminhos do sistema dogmático e mesmo do histórico-evolutivo, e seguir os novos rumos da criação científica. Para tanto, não deve ir além do razoável, descambando para o 'freies Recht', mas enquadrar-se em moldes tais que a criação não desmereça o ordenamento." FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 155.

[366] De fato, "(...) apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional. Se a liberdade fosse apenas adesão necessária a uma ordem natural previamente dada, excluiria qualquer possibilidade de escolha; se o exercício da liberdade não fosse fundamentado em razões, toda escolha seria irracional e se reduziria a uma decisão arbitrária atuando num vazio intelectual. Graças à possibilidade de uma argumentação que forneça razões, mas razões não-coercivas, é que é possível escapar ao dilema: adesão a uma verdade objetiva e universalmente válida, ou recurso à sugestão e à violência para fazer que se admitam suas opiniões e decisões." PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação Jurídica**: Da antiga retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001, p. 178. Em acréscimo ao exposto, Weinreb descreve e explica o processo do raciocínio analógico, que é a marca distintiva do argumento jurídico. Em sua obra o autor diverge da opinião predominante defendida por Edward Levi, Cass Sustein, Richard Posner e outros. Para estes autores, o raciocínio analógico peca por uma imperfeição lógica ou não passa de uma forma defectiva de raciocínio dedutivo. No trabalho demonstra-se que o raciocínio analógico no direito é o mesmo usado por todos nos no dia a dia é uma forma válida de raciocínio – do qual decorre o próprio pensamento – derivada da capacidade humana inata de reconhecer o geral no particular. O uso do raciocínio analógico é ditado pela natureza do direito, que exige a aplicação de normas a fatos particulares. Confira: WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução de Bruno Costa Simões São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[367] Convém assinalar, entretanto, que embora na essência haja sempre o conhecimento filosófico primário, muitas ciências, inclusive as ligadas ao fenômeno jurídico, reclamam para si qualidades de saberes filosóficos inéditos. Atente-se, todavia, para o fato de que uma crescente busca por certeza faz com que o conhecimento tenda a ser cada vez mais científico, o que, por outro lado, gera uma enorme proliferação de saberes, que se misturam, fornecendo aparências ou impressões de novos saberes; por influência dos saberes já produzidos anteriormente, acaba-se colocando novas propostas, a partir de velhas ideias.

[368] Destacamos, inclusive, que, segundo Vilanova, "(...) é impossível uma teoria do direito sem uma teoria do homem. No final, a conduta juridicamente regrada é um corte abstrato de uma projeção objetiva que submerge suas raízes na estrutura total do homem. Não existe, de um lado o homem; de outro o saber cientifico, a moral, o direito, a arte, a religião, na relação de matéria e forma. Como sempre, a matéria e a forma são conceptualmente separáveis, mas dialeticamente inter-relacionadas na composição integral do homem. Sem esse quantum de ontologia, a teoria do direito fica no ar, sem

passam basicamente por três cortes. Num primeiro corte, aproximando-se do positivismo kelseniano, reconhece no Direito positivo um conjunto normativo válido em determinado território. Um segundo corte sustenta que toda norma jurídica é, essencialmente, uma forma de linguagem[369]. No Brasil, por exemplo, o Direito positivo seria composto por uma linguagem idiomática, manifestada, predominantemente, pela forma escrita. Um terceiro corte concebe o Direito como um produto cultural. O Direito é uma linguagem voltada para um fim: contingenciar condutas sociais em busca da concretização de valores. Também Husserl[370], na sua classificação das regiões ônticas, também põe o Direito no plano dos objetos culturais. Em síntese, as três categorias mais relevantes do Direito positivo são a norma, a linguagem e o valor.

Outra abordagem deste tema pode ser operada com os recursos da teoria das classes.

Se colocarmos a classe das normas (linguagem prescritiva) em confronto com a classe das *não normas* (linguagens, como descritiva ou interrogativa) teremos o Direito Positivo junto daquelas, e a ciência do Direito, ao lado destas. No plano das normas, elas podem ser: jurídica (quando postas por um ato de uma dada autoridade competente), ou não jurídicas (como as normas morais ou éticas etc.). Na classe das normas jurídicas podemos, ainda, divisar a norma jurídica válida das não válidas[371].

Alguns autores sugerem uma maior precisão dos campos epistemológicos relacionados com a contemplação das categorias jurídicas.

---

apoio na realidade." VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997, p. 328.

[369] De acordo com os estudiosos do tema, "(...) a linguagem inclui-se entre as instituições humanas resultantes da vida em sociedade. O direito é apenas uma das formas sociais institucionais que se manifesta através da linguagem, a qual possibilita e proporciona sua existência." DE ARAUJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 19.

[370] Para o estudo da fenomenologia em Husserl, confira CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 63.

[371] Sobre validade da norma, Kelsen escreveu que "(...) do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (...) dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como seu sentido objetivo." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 215/224.

Assim, por exemplo, a evolução histórica do Direito competiria à História do Direito. Já a análise dos fatos sociais, regulados pelo Direito, compete à Sociologia do Direito.

De outro turno, o relacionamento social entre os homens e as normas seria objeto da Teoria Antropológica do Direito. A contemplação do contexto político em que fora produzida a norma seria, por outro lado, tarefa da Ciência Política do Direito.

Por fim, à Ciência do Direito competiria, apenas, o estudo do Direito positivo, um conjunto de normas jurídicas válidas em um respectivo país[372].

O papel do cientista do Direito estaria reduzido à contemplação da norma e da sua relação com as demais normas componentes do sistema de Direito positivo[373].

Considerando esta perspectiva, epistemologicamente fracionada, entendemos que nenhuma dessas posturas cognitivas será capaz de apresentar respostas suficientes sobre o fenômeno jurídico.

Para nós, independentemente da denominação que dermos à contemplação do fenômeno jurídico, Ciência do Direito, Ciência Política do Direito, História do Direito, ou mesmo Filosofia do Direito, defendemos uma atitude plural, generalizante e contextualizada.

3.2.3 – Dimensão semântica da norma jurídica

Em que pese o já exposto, ademais, não temos dúvida de que o Direito é essencialmente referenciado na norma.

Contudo, a defesa de uma compreensão ao mesmo tempo normativa e axiológica do Direito, conforme sustentamos nesta tese, também compreende a utilização de categorias normativas mais abertas e porosas, principalmente através de preceitos generalizantes[374].

---

[372] Para aprofundamento dos estudos sobre o tema, indicamos a leitura de CARVALHO, Aurora Tomazine de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 80.

[373] Sobre a formação do conceito e do sistema na jurisprudência, confira LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 621-700.

[374] É importante destacar que "(...) como as normas apresentam diversidades culturais, estaremos inclinados a considerar que uma norma só tem sentido relativamente a uma cultura. Isso também quer dizer que a validade da norma será relativa a essa cultura. Em outra cultura ela será considerada inválida ou até mesmo desprovida de sentido. Assim, julgamos inválidas a norma de

Independentemente de uma rigorosa classificação da norma - por exemplo, como sugerem Alexy e Dworkin, em suas classificações de norma-regra e norma-princípio - ela deve permitir operabilidade adaptativa ao momento histórico de sua aplicação.

A contextura maleável da norma deve permitir que os operadores do Direito promovam, no momento de sua evocação, uma adequação temporal e axiológica, vale dizer, que situe a norma no seu momento histórico de acordo com os valores mais estimados pela sociedade naquele momento.

A obra dos operadores, obviamente, seria menos dificultosa se a própria contextura sintática do texto permitisse uma equalização semântica da norma.

Para tanto, o próprio legislador, em sentido amplo, deveria atentar para a necessidade de elaborar uma contextura normativa mais facilmente adaptável no momento futuro de sua aplicação.

Algumas técnicas de linguagem, se corretamente operadas, poderiam alcançar tal desiderato, como por exemplo, a construção de orações a partir de elementos frasais polissêmicos. Expressões como “justo”, “legítimo”, “moral”, “mínimo existencial”, “dignidade humana”, “boa qualidade de vida”, “abuso de Direito”, entre outras, poderiam ser constantemente submetidas a novos juízos conotativos, historicamente situados.

É certo, este modal estético já é amiúde encontrado no próprio corpo constitucional (poderíamos dizer ‘bloco constitucional’, para utilizar uma expressão mais ampla e que se projeta sobre normas constitucionais exógenas ao texto da Carta de Outubro, como os tratados internacionais sobre Direitos humanos).

Porém, nem todas as demais categorias normativas infraconstitucionais aprioristicamente concebidas (leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos, resoluções, medidas provisórias) apresentam a mesma contextura, vale dizer, muitas regras situadas abaixo do plano constitucional são extremamente resistentes a uma manipulação adaptativa. Nestes casos, a sugestão é a modificação da própria estrutura normativa, não apenas por parte do legislador, mas por todas as fontes apriorísticas de normas abstratas - como é o caso do Executivo,

---

circuncisão feminina e, a fortiori, aquela dos sacrifícios humanos. E julgamos desprovidos de sentidos certos rituais que nos parecem superstições, cuja origem nem mesmo aqueles que os praticam são capazes de nos explicar (por exemplo, o costume segundo o qual, ao entrar em uma nova casa, deveríamos partilhar uma torrada coberta de banha de porco derretida).” LIVET, Pierre. **As Normas**. Tradução Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 110.

com as medidas provisórias, e do Judiciário. Este último, no exercício, atípico, de função legislativa, ou na elaboração de decisões vinculantes, como as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Em todo caso, não havendo essa contextura maleável e porosa no texto normativo, cumpre ao aplicador, no plano fático, intensificar o protagonismo hermenêutico. A evocação de recursos interpretativos, colacionados nas mais variadas técnicas, certamente será uma postura extremamente adequada para a busca de uma concepção condizente com a norma concretamente posta.

Essa compreensão do Direito poderia suscitar questionamentos sobre a insegurança jurídica desses modais normativos abertos. Tais colocações sobre segurança ou insegurança pelo rigor da norma, embora possam parecer atuais, são concepções envelhecidas e desatualizadas na compreensão do Direito.

Se recuarmos no tempo, veremos que a preocupação com a segurança jurídica toca as raias da Revolução Francesa.

Procurar segurança pela norma é uma pauta revolucionária, atrelada, principalmente, à ideia de tripartição dos poderes de Montesquieu.

Preocupados em conter os limites monárquicos e, consequentemente, o poder dos juízes ligados ao antigo regime, os pensadores revolucionários sugeririam uma excessiva limitação textual da norma.

Para conter a liberdade do Juiz, que passaria a ser mera “boca para a lei”, os inseguros insurgentes buscavam no texto normativo uma forma de controle da atuação do Magistrado.

Essas ideias dariam expressão à Escola Exegética, para a qual a atuação do Juiz no caso concreto deve se limitar à aplicação da norma, nos exatos termos em que fora aprioristicamente concebida pelo corpo legislativo.

Ora, num cenário democrático como o brasileiro – pós-Constituição de 1988[375], principalmente -, em que o exercício da cidadania garante a participação

[375] Não poderíamos deixar de apresentar, neste ponto, algumas considerações de Canotilho sobre a temática constitucional. De acordo com o citado autor: “(...) a ideia de constituição como ‘centro" de um conjunto normativo "ativo" e "finalístico", regulador e diretivo da sociedade, é posta em causa de várias formas. Em primeiro lugar, assinalam-se os limites da regulação dos problemas sociais, económicos e políticos através do direito. O "direito só regula a sociedade, organizando-se a si mesmo" (TEUBNER). Isto significa que o direito — desde logo, o direito constitucional — é, não um direito ativo, dirigente e projetante, mas um direito reflexivo autolimitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários sistemas autónomos da sociedade (jurídico, económico, social e cultural). Por isso se diz que o direito, hoje, - o direito constitucional pós-moderno - é um direito pós-intervencionista ("processualizado",

popular e o efetivo controle social sobre todas as dimensões do campo político, não há razão para evocar os temores do século XVIII[376].

O nosso modelo republicano garante não apenas o controle de representatividade parlamentar, mas, sobretudo, a participação e o controle na atuação do Poder Judiciário.

Além de formado por membros dos mais variados setores da sociedade, inclusive da advocacia e do Ministério Público, o Poder Judiciário submete-se, como os demais poderes, ao controle social.

Portanto, dentro do nosso cenário republicano existem meios para controle de eventuais abusos perpetrados pelo Poder Judiciário, não somente no campo da aplicação normativa, mas, especialmente, no campo da ética.

Assim, a defesa do rigor textual na aplicação da norma, com fundamento na segurança jurídica, não se sustenta em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro em que, insistimos, através dos mais variados mecanismos institucionais

---

"dessubstantivado", "neo-corporativo", "ecológico", "medial"). Em segundo lugar, e em conexão com o que se acaba de dizer, a constituição deixa de ser possível conceber-se com um pacto fundador e legitimador de uma ação prática racionalmente transformadora. Por outras palavras: a constituição deixa de inserir-se no processo histórico de emancipação da sociedade (quer como "texto" de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo liberal, quer como "programa dirigente" de cariz marxizante). Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais, adiantar-se-á a seguinte caracterização: A Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas (TEUBNER, LADEUR) (...) à constituição de um Estado de direito democrático terá de continuar a solicitar-se uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas (entre e com os homens) segundo um projeto-quadro de "estruturas básicas da justiça" (J. RAWLS), moldado em termos de uma racionalidade comunicativa seletiva (HABERMAS).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993, p. 13. Para o estudo do direito de conflitos Intersistêmicos, indicamos a leitura da seguinte obra: TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 201.

[376] Pode-se dizer que a Constituição Brasileira de 1988 surge na dita pós-modernidade. E no que se refere à pós-modernidade e o direito, Granda dirá que “(...) o direito pós-moderno não pode ser construído em temos que impliquem uma redução forçada da unidade sem como a possibilidade de articular as diferenças de mostrar as aflições sem perdera heterogeneidade. Tem que ser uma ordem jurídica essencialmente dinâmica (...) não pode pretender fixar a sociedade de uma determinada maneira (...) uma planilha que se aplica sobre a riqueza da vida social para que esta se comporte em padrões conhecidos; é mais bem um processo, um método de confrontação de poder que continuamente vai criando o todo. Não e uma ordem cerrada como queria o pensamento moderno sim uma totalidade aberta e em continua evolução situada frente a permanentes transformações de poder que levam a situações não planejadas e imprevisíveis. O jurista pós-moderno deve, então, estar a tendo as derivações bifurcações, distinções, dispersões, fixar-se não só na regra assim como também nas exceções não só na conduta regular, como também na irregular, em que revalorar a informalidade, escutar as múltiplas vozes que se expressam na sociedade.” GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidade y derecho**. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis S.A, 1993. Monografias jurídicas, p. 102-103.

(e.g. o Conselho Nacional de Justiça) poderemos nos insurgir contra os eventuais excessos do Poder Judiciário.

Em resumo, pelo que sustentamos, a aplicação do Direito deve se dar, em cada caso concreto, através da reavaliação da norma, conforme as referências axiológicas preponderantes na sociedade[377].

Nesse caso, a partir de um cotejo fenomenológico, axiológico, e normativo, o Magistrado deverá, no plano de uma dialética procedimental[378], aplicar concretamente o Direito.

Ante o exposto, defendemos que a compreensão do jurídico requer não apenas a tomada dos mais variados saberes, produzidos nos mais diversos campos do conhecimento, mas, também, uma contemplação panorâmica e intercontextualizada dos fenômenos sociais.

Com relação ao Direito positivo, objeto da ciência do Direito, reconhecemos que ele é composto por normas válidas.

Contudo, para nós, de acordo com os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, Direito válido é aquele que está posto no plano cronológico do presente, ou seja, aquele situado no contexto histórico do intérprete.

Assim, adotando-se essa perspectiva, Direito passado ou futuro não interessaria para o cientista do Direito.

Já no que se refere à Ciência do Direito, especialmente no Brasil, concordamos com Miguel Reale[379] ao indicar que ela é imbuída de acentuada

---

[377] Sobre as referências axiológicas, principalmente pelas nossas raízes culturais, são valiosas as seguintes colocações de Hannah Arendt. A filósofa diz que "(...) ter raízes significa não ter no mundo um lugar reconhecido e garantido pelos outros; ser super; significa não pertencer ao mundo de forma alguma. O desarraigamento pode ser a condição preliminar da superfluidade, tal como o isolamento pode (mas não deve) ser a condição preliminar da solidão. Se a tomarmos em sua essência, sem atentar para as suas recentes causas históricas e o seu novo papel na política, a solidão é, ao mesmo tempo, contrária às necessidades básicas da condição humana e uma das experiências fundamentais de toda vida humana. Até mesmo a experiência do mundo, que nos é dado material e sensorialmente, depende do nosso contato com os outros homens, do nosso senso comum que regula e controla todos os outros sentidos, sem o qual cada um de nós permaneceria enclausurado em sua própria particularidade de dados sensoriais, que, em si mesmos, são traiçoeiros e indignos de fé. Somente por termos um senso comum, isto é, somente porque a terra é habitada, não por um homem, mas por homens no plural, podemos confiar em nossa experiência sensorial imediata." ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 527/528.

[378] No tópico 3.5 defenderemos a operação procedimental do fenômeno jurídico.

[379] De acordo com o autor "(...) para o neopositivismo contemporâneo, para o chamado Círculo de Viena, assim como para a Escola Analítica de Cambridge e todas as suas derivações, a Filosofia não é senão uma teoria metodológico-linguística das ciências, uma análise rigorosa da significação dos enunciados das ciências e de sua verificabilidade, visando, segundo alguns, a purificá-las de "pseudoproblemas". Daí a importância absorvente que na corrente neopositivista assume a Lógica

"racionalidade abstrata", como se a experiência jurídica pudesse ser totalmente reduzida a uma sucessão de silogismos ou atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao "homo juridicus"[380].

O Prof. Reale adverte que a técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o Juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos da razão[381].

Temos de aceitar que o Magistrado é homem, partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, ainda que tenhamos como aspiração alcançar a certeza e a objetividade [382].

3.3- Dignidade da pessoa humana como referência da Jurisdição

Neste tópico defenderemos que o Magistrado deve ter a pessoa humana como principal referência de sua atuação.

---

matemática ou a Lógica simbólica, ou, de maneira mais geral, a Nova Lógica. Todavia, a Nova Lógica possui validade objetiva e independe de correntes filosóficas, não representando senão o ponto extremo de uma exigência de "formalização" já ínsita no desenvolvimento da Lógica clássica." REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

[380] Em acréscimo, Reale coloca a seguinte questão: "(...) Poder-se-ia pensar em distinguir Filosofia e ciência segundo os nexos que ambas têm em vista, dizendo-se que a ciência explica os fatos segundo seus enlaces causais, "explica" no sentido de que "estende", "desenvolve", torna "explícitos" os elementos implícitos que observa, determinando relações constantes de coexistência e de sucessão. Na realidade, porém, há ciências, como as culturais, que também não se limitam a explicar, e só se realizam graças à compreensão, o que quer dizer, em virtude de subordinar os fatos a elementos teleológicos, apreciando-os em suas conexões de sentido. O que se dá com a Filosofia é que esta representa uma compreensão total: não ordena os fatos e os compreende segundo este ou aquele setor de fins, mas em sua referibilidade axiológica total, segundo critérios unitários, atendendo à unidade do sujeito e à unidade da "situação do sujeito", em uma totalidade de conexões de sentido. É próprio, pois, da Filosofia este "saber de compreensão total" mercê do qual a realidade é situada em uma cosmovisão fundamenta." Ibid., p. 24.

[381] Alfredo Buzaid, a propósito dos seus estudos processuais, destacou que "(...) seria possível pensar (...) que, ocupando a regra de experiência o lugar de premissa maior no silogismo judicial, caberia ao Supremo Tribunal assegurar a unidade do direito e a uniformização da jurisprudência. A diversidade de entendimento do enunciado da regra de experiência comum dada por tribunais ensejaria assim a interposição do recurso extraordinário. Esta solução, conquanto possível, esbarra por ora com o entendimento restrito da lei federal constante do artigo 119, III, 'd'. Mas não repugna a ideia de que, a bem da inteireza do direito, venha o Supremo Tribunal Federal a modificar sua jurisprudência, sob o fundamento de que a regra de experiência comum, adotada por um tribunal, se contrapõe à regra de experiência comum, adotada por outro tribunal." BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

[382] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 136.

Para sustentar nossa proposta, trataremos das complexidades emergentes do mundo contemporâneo[383], do homem como fim em si mesmo, da liberdade, e dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, pensamos que as dificuldades de viver num mundo contingenciado pelos escassos recursos naturais acentuam-se pelo fato de que o desejo do homem parece crescer cada vez mais, num insaciável frêmito de se ter, antes mesmo de querer ser[384].

Embora estejamos muito bem abastecidos pela tecnologia, a carência e a falta assomam-se aos nossos pés. Fitados pelos olhos incrédulos do desejo, já não sabemos para aonde devemos seguir, o que temos de fazer, ou como devemos agir, notadamente para atender à falta que ocupa o peito cada vez mais vazio do ser[385].

Dominados pelo coração enegrecido do desejo, disparamos por entre o mundo, fitando um horizonte cada vez mais veloz e fugidio.

---

[383] Sem dúvida, o século XX inaugura uma fase de altas complexidades. A ciência, a política, a história, a cultura, e a própria razão, passam por águas revoltas, que desembocarão no cáustico oceano do século XXI. Este é um século cheio de rochedos e ciclones, onde nossos sonhos são sempre perdidos e nossas aspirações seguidamente frustradas, como prenunciava Schopenheuer; fase em que o deserto avançou mais do que imaginávamos, como sugeriu Nietzsche, e o que parecia ser líquido, como notou Bauman, já não passa de vapor.

[384] Nesse aspecto, cumpre notar que havendo desejos cada vez mais crescentes e velozes, a obsolescência, artificialmente forjada, é uma ferramenta extremamente eficaz para a manutenção deste estado de incertezas. Se pelo inesgotável desejo nada contenta, o novo, ainda que útil, passa a ser velho justamente para que possa ser substituído por outro, num ciclo interminável de ter, e não ter; o querer é velocista experimentado, que dá de costas para tudo que se produz. Aliás, os fornos da tecnologia não param e, já estafados de criar e recriar, já se acena para um possível colapso de fornecimento.

[385] A propósito destas questões, Maturana disse o seguinte: "(...) as transformações tecnológicas não me impressionam, a tecnologia biológica não me impressiona, a internet não me impressiona. Não digo isto por arrogância. Sem dúvida, muito do que fazemos irá mudar se adotarmos as opções tecnológicas à nossa disposição, mas nossas ações não mudarão a menos que nosso emocionar mude. Vivemos uma cultura centrada na dominação e na submissão, na desconfiança e no controle, na desonestidade, no comércio e na ganância, na apropriação e na manipulação mútua (...) e a menos que nosso emocionar mude, tudo o que irá mudar em nossas vidas será o modo pelo qual continuaremos a viver em guerras, na ganância, na desconfiança, na desonestidade, e no abuso de outros e da natureza. Na verdade, permaneceremos os mesmos. A tecnologia não é a solução para os problemas humanos, porque os problemas humanos pertencem ao domínio emocional, na medida em que eles são conflitos em nosso viver relacional que surgem quando temos desejos que levam a ações contraditórias. É o tipo de ser humano, *Homo sapiens amans*, *Homo sapiens aggressans* ou *Homo sapiens arrogans*, no momento em que tivermos acesso a uma nova tecnologia, seja como usuários ou observadores, o que irá determinar como a utilizaremos ou o que veremos nela". MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Tradução Cristina Magro et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 197/200. Além do que se destacou, é oportuno indicar um fragmento da obra de Shakespeare, dedicado à ganância: "Rei de Navarra (Ferdinando) Ato I – Cena I – (...) deixe-se que a fama, aquela a quem todos perseguem por toda a vida, viva nos altos-relevos de nossos esquifes de bronze e então venha conceder-vos sua graça na desgraça da morte, quanto, apesar do temo que a tudo devora com sua ganancia, o folego que despendemos agora venha comprar a honra que tornará cega a sua foice, tornando-nos herdeiros de toda a eternidade." SHAKESPEARE, William. **Trabalhos de amor perdidos**. Tradução: Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 11.

Mesmo perdidos, ao que parece, não podemos parar, devemos continuar com os pés no pedal, cada vez mais velozes, pois, ainda que não saibamos o destino, se pararmos, certamente, cairemos no suposto vazio do nada[386].

Somente se olharmos para nós mesmos, necessariamente através do outro[387], poderemos superar esta crise[388].

Enquanto o desejo for o imperador do nosso agir, enquanto procurarmos preencher esse baú, sem fundo, do desejo – na verdade, mais féretro que baú, pois mais nos enterra que nos enriquece -, não intuímos, e me perdoem a sinceridade dos otimistas, bom desfecho para nossa breve e angustiada existência.

Diante desse cenário, para vencermos estas contingências e assumirmos as atitudes corretas, temos de nos conscientizar de que as forças do querer estão cá dentro do ser, vale dizer, a busca da superação em direção a um agir franco, leal e humanitário, para consigo e para com o mundo que habitamos, não depende de ninguém a não ser de nós mesmos[389].

Numa síntese, o reconhecimento de nós mesmos é o primeiro passo para sermos felizes, e só pode ser alcançado por um olhar através do outro. Isso porque não somos capazes de nos reconhecermos, senão através dos outros, nossos semelhantes[390]. Aliás, só se "é" diante do que "não é"[391]. Somente o contraste nos

---

[386] É essa a ordem de uma voz incógnita - ao mesmo tempo rouca e sensual, grave e tenebrosa, provocativa e coatora -, que não cessa de dizer que devemos seguir, que devemos ir adiante. Contudo, perguntamos: seguir para onde? Antes de tudo, uma coisa é certa: a procura por uma suposta resposta será vã se continuarmos projetados sobre o ter, num mundo externo ao humano.

[387] Em verdade o que buscamos, em última análise é o esclarecimento. Nesse ponto, convém lembrarmos, a resposta de Kant à pergunta: Que é 'Esclarecimento'? ('Aufklärung'). Kant dirá que "(...) 'Esclarecimento' ('Aufklärung') significa a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso do seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. Sapere aude! Tem a ousadia de fazer uso de teu próprio entendimento – tal é o lema do Esclarecimento." KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 115.

[388] Vale dizer, encontrar respostas para essas perguntas ocultas, difusas e lancinantes, que lentamente nos consome as entranhas.

[389] A despeito das aparências, a chama, embora submersa na superfície de cinzas, ainda crepita. Para superarmos esta verdadeira crise existencial temos de permitir em reencontro conosco e nossos irmãos - ainda que para isso nos imolemos naquele fogo inato, recolhido aos corações.

[390] Aliás, sem ver, não podemos ser; mas só podemos ver com o outro (e pelo outro); logo, sem o outro, não podemos ser. Ora, se o nosso ser está no (e com) o outro, é para (e com) o outro que devemos canalizar nossas ações.

[391] Sempre que somos surpreendidos por expressões como: ser ou não ser, eis a questão; há muito mais mistério entre o céu e a terra, do que sonha a nossa vã filosofia - Ato I - Cena V. Hamlet, dirigindo-se a Horácio, seu amigo: Portando, como estranho, deve ser bem recebido. Há mais coisas no céu e na terra, Horácio, do que sonha a tua filosofia. SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 40 - temos a impressão de que Shakespeare seria genial por estas conclusões. Não há dúvida sobre a genialidade do autor, notadamente por conta da

permite divisar as coisas, umas das outras, e contê-las nas estreitezas de suas singularidades. Assim também somos nós, não podemos ser singulares, senão diante das singularidades dos outros homens. Ou seja, somente com olhos postos nos outros seres humanos, poderemos nos reconhecer a nós mesmos. Eles, os homens, são nossos únicos espelhos[392].

Portanto, fica a advertência: se quisermos cuidar de nós mesmos, devemos começar pelos espelhos.

Não obstante reconheçamos esta centralidade humanística, para uma compreensão semântica dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana, temos de assumir a necessidade de alguns temperamentos, sobretudo no que se refere à questão da liberdade.

3.3.1- A questão da liberdade - críticas para uma compreensão semântica dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana

Nesta ocasião, abordaremos a questão da liberdade e desenvolveremos algumas críticas para uma compreensão semântica dos aspectos jurídicos da dignidade da pessoa humana[393].

---

sua grandiosidade estética e precisão de métrica. Porém, pela temática, não há muita novidade. Embora tenha vivido supostamente no século XVI, Shakespeare, em muitos pontos, retoma os temas já suscitados e discutidos desde os gregos (isso para não recuar até a antiguidade oriental). Um destes temas é justamente a questão do ser, ou do não ser. Chamemos de ente ou objeto, não ser, ou nada, na essência a questão será sempre a mesma: o problema metafísico. Talvez o remorso me pegue, mas ouso afirmar: tudo que diz respeito à busca do conhecimento humano radica-se nessa dualidade: ser ou não ser. É sobre o "ser" e o "nada" que recairão os maiores (para não dizer todos, dignos de nota) debates filosóficos, desde o florescimento da humanidade. O ponto nodal dessa dualidade, porém, está num terceiro elemento: o homem. É através dele que se dá a busca ao "ser" ou "não ser", ao "ente" ou ao "nada". Sem nos darmos conta, antes de partirmos às buscas, já saímos com uma certeza: nem tudo é nada, quero dizer, ao menos o "ser" humano "é". Pois, somente considerando que o homem "é" (um ser), podemos partir para a discussão sobre o "ser" ou "não ser", externo ou interno a ele. Há uma tensão que se opera entre luz e escuridão, entre ser e não ser, entre o ideal e o real. Porém, entre o radicalismo da idealidade, e os extremos da realidade, está o homem, entre o tudo e o nada, entre o ser e o não ser, entre a sombra e a escuridão. É no homem que o não permanente tem corpo, que "é" e "deixa de ser", ao mesmo tempo, numa incessante dialética de idas e vindas, cujo fim, se existe, não se permite fitar por nossos olhos.

[392] Como nos sugeriu Sartre, "(...) talvez seja impossível compreender o próprio rosto. Ou talvez seja porque sou um homem sozinho? As pessoas que vivem em sociedade aprenderam a se ver nos espelhos tal como aparecem a seus amigos. Não tenho amigos: será por isso que minha carne é tão nua? Dir-se-ia - sim, dir-se-ia a natureza sem os homens." SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Tradução Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 33.

[393] Para melhor subsidiar o desenvolvimento da nossa discussão, deixaremos, desde logo, alguns breves apontamentos. Inicialmente, cumprem-nos assinalar as caraterísticas essenciais do nosso Estado brasileiro: quanto à forma de Estado temos uma federação; quanto à forma de governo temos uma República; quanto ao regime político, temos a democracia, referenciada na soberania do povo; além de sermos um Estado de Direito, onde existe limitação de poderes e garantia de direitos fundamentais. Em segundo lugar, atentemo-nos para o fato de que os fundamentos da república, ou

No aspecto jurídico, basicamente, dignidade corresponde ao âmbito de proteção mais restrito do ser humano; é o espaço que não pode ser atingido por nenhum sujeito, seja ele ente despersonificado ou mesmo pessoa física ou jurídica, de Direito público ou privado.

Aliás, esse espaço corresponde ao núcleo intocável do sujeito, o qual não pode, em hipótese alguma, mesmo sob o argumento do exercício de um Direito ou de uma garantia fundamental por parte de terceiro, ser violado[394].

Desde logo sobreleva notar, a despeito da discussão se a dignidade da pessoa humana é princípio ou atributo, que essa categoria condiciona o intérprete do Direito a considerar a Dignidade da Pessoa Humana condição essencial de qualquer ser humano.

Nota-se, portanto, que é uma orientação de caráter ético[395].

---

os paradigmas da organização jurídico-política são os seguintes: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político. Além disso, os objetivos fundamentais do Estado, previstos no artigo 3º da CRFB são os seguintes: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Outro apontamento relevante é a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Com efeito, direitos humanos são aqueles pertencentes ao ser humano, por sua mera condição, independentemente de sua vinculação a qualquer ordenamento jurídico. Por serem radicados nas premissas filosóficas do jusnaturalismo, esses direitos independem de positivação. Já os direitos fundamentais, por seu turno, são aqueles direitos humanos que estão positivados em dado ordenamento jurídico. Ressaltamos, ainda, as características dos direitos fundamentais, apresentadas por Alexandre de Moraes, como sendo as seguintes: imprescritibilidade (não desaparecem com o tempo); inalienabilidade (não podem ser alienados); irrenunciabilidade (não podem ser renunciados); inviolabilidade (não podem ser inobservados pelas normas infraconstitucionais ou por seus operadores); universalidade (devem se projetar sobre todos os sujeitos); efetividade (o protagonismo do poder público deve ser precipuamente voltado à sua efetivação); interdependência; complementaridade (não devem ser interpretados isoladamente); relatividade ou limitabilidade (não são absolutos ou ilimitados). Por fim, quanto às dimensões dos direitos fundamentais, em síntese temos o seguinte: direitos fundamentais de primeira dimensão (despontam no final do século XVIII; ligam-se ao modelo de estado liberal; compreendem direitos negativos, civis e políticos; são ligados ao direito à liberdade); direitos fundamentais de segunda dimensão (surgem no início do século XX; estão ligados ao modelo de estado social; referem-se aos direitos positivos, sociais, econômicos e culturais; dizem respeito ao direito à igualdade); direitos fundamentais de terceira dimensão (surgem no século XX; se ligam aos direitos ao meio ambiente, à paz, progresso, defesa ao consumidor, dentre outros; dizem respeito ao direito à fraternidade).

[394] A palavra dignidade deriva do latim *dignitati*, e pode ser entendida como tratamento honorífico, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada, autoridade moral, honestidade, honra, respeitabilidade. Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira, no **V Congresso Brasileiro de Família, realizado em outubro de 2005,** comenta que "(...) dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o 'filósofo da dignidade', certamente não imaginava que as suas ideias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano."

[395] Sobre ética e dignidade, cumpre destacar que, "(...) a dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico

Além disso, não resta dúvida de que o paradigma da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado com a questão da liberdade, numa perspectiva kantiana, de que todo ser é dotado de autodeterminação e capacidade para a condução de sua existência[396].

Nessa linha, com relação à característica libertária da Dignidade da Pessoa Humana, Kant sugeriria que cada ser humano, contanto que não afete a liberdade de outrem, deve buscar livremente a sua felicidade. É pelo exercício da liberdade que o sujeito seria digno e poderia alcançar o modelo de felicidade mais adequado, desde seu ponto de vista, naturalmente.

Ao sustentar que a felicidade de cada um não pode ser imposta por ninguém, nem mesmo pelo Estado, o pensamento kantiano contribuiria decisivamente para o modelo liberal. Partindo da tolerância[397], associada à convivência harmônica e liberal de valores plurais, esta doutrina foi extremamente relevante para conquistas

---

dos Estados de Direito, traduzindo-se, inclusive, como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Entretanto, se por um lado hodiernamente existe uma grande preocupação na tutela da dignidade da pessoa humana (seja no plano doméstico, seja no plano internacional), por outro, evidencia-se que lesões de toda ordem são processadas e aviltam a dignidade humana." GUERRA, Sidney et al. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9 - Dezembro de 2006, p. 394-395; Na mesma perspectiva, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos." SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

[396] Para Kant, aliás, "(...) a vontade, ainda que sujeita à influência da razão prática, é livre frente as possibilidades do universo real fenomênico. Tal razão prática possui leis formais e o seu conteúdo é extremamente variável, sendo impossível, por exemplo, pré-determinar o critério de diferenciação do lícito e do ilícito, do moral e do amoral, com base em algum parâmetro substancial. Para Kant, a Ética não poderia ser baseada por nenhuma mensuração material". "Quer dizer, prescrições que tomam por critérios fatos como, por exemplo, o nível de renda do indivíduo, sua ascendência familiar, sua filiação a um partido ou os caracteres de sua raça terão necessariamente uma dose de arbitrariedade e poderão satisfazer ou não o imperativo categórico. Qualquer conteúdo verificável pode ou não constituir um critério legítimo". ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai DS' Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31.

[397] Com relação à tolerância, lançamos o seguinte trecho de Voltaire. Para o autor, "(...) não é preciso ter grande arte nem dispor de eloquência bem elaborada para provar que os cristãos devem tolerar uns aos outros. Mas eu vou bem mais longe: eu lhes digo que é necessário considerar todos os homens como nossos irmãos. O que? Meu irmão, o turco? Meu irmão, o chinês? O judeu? O siamês? Sim, sem a menor dúvida, pois não somos todos filhos do mesmo pai, criaturas do mesmo Deus?" VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância (por ocasião da morte de Jean Calas, 1763)**. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 109.

humanitárias, notadamente para o fim da escravidão e para a defesa da liberdade de imprensa[398].

A despeito do exposto, de fato, o que tomamos por liberdade, comumente, não passa de dissimulada escravidão[399].

No que se refere à questão, Marx já teria feito esta advertência, principalmente quando apontou que as sociedades são marcadas pela divisão social do trabalho e, por conseguinte, historicamente conformadas pela práxis dos homens[400].

---

[398] No que diz respeito ao problema, bem como da vinculação do Juiz à ética da legalidade, Eros Grau assinala que "(...) algumas vezes o Magistrado está sob forte pressão da imprensa, que patrocina linchamentos no tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário. A imprensa, entre nós, atua como um quarto poder, à margem de qualquer controle, de molde a influenciar de modo determinante a formação da opinião pública. Somos uma sociedade à qual deve ser esclarecido que a garantia de imunidade à censura se destina a tolher não apenas o controle da informação pelo Estado, mas em especial a distorção da informação promovida pelo proprietário do veículo de informação, pelo redator-chefe, pelo editorialista, pelo repórter; uma sociedade à qual se deve ensinar que o titular da liberdade de imprensa não é o jornal, a emissora de rádio ou televisão, mas o povo. A imparcialidade, por fim, é expressão da atitude do Juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe." GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 298. Nesse sentido, é a jurisprudência do STF: "A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa'." (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) No mesmo sentido: ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012.

[399] Talvez por isso Vieira tenha dito aos ouvintes do seu Sermão que "(...) a mesma liberdade com que Cristo os libertou, foi novo cativeiro com que os tornou a cativar; e porque os levava libertados e livres, os levou novamente cativos. A liberdade é um estado de isenção que, uma vez perdido, nunca mais se recupera: quem foi cativo uma vez, sempre ficou cativo: porque ou o libertam do cativeiro, ou não: se o não libertam, continua a ser cativo do tirano; se o libertam, passa a ser cativo do libertador. E isto é o que sucedeu a todos os que cristo libertou na cruz, apagadas as escrituras do seu cativeiro. Antes da liberdade cativos, e depois da liberdade também cativos; antes da liberdade cativos do Demônio, a quem se venderam, depois da liberdade cativos de Cristo, que os resgatou; antes da liberdade cativos do pecado, depois da liberdade cativos de Deus, como diz o apóstolo: *Liberati a peccato, servi autem facti Deo*." VIEIRA, Pe. Antonio. **Essencial Padre Antonio Vieira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 554.

[400] Partindo dessa divisão, segundo Marx, organizam-se as instituições sociais da seguinte forma. A primeira seria a família, a segunda o comércio; a terceira, o trabalho servil que acaba na escravidão, e a quarta, o poder político, de onde virá o Estado. O conjunto de instituições sociais nascidas de divisões (a marca de toda sociedade é a divisão) forma as 'condições materiais' da vida social e política. Materiais porque é do conjunto de práticas sociais pelas quais os homens sobrevivem pelo

Segundo Marx, o desconhecimento da origem e das causas da práxis levaria os homens a atribuir a outro ou a outros, aquilo que foi produzido por sua própria ação, levando à alienação social[401].

Logo, muitos que se pensam livres estão, concretamente, presos e contingenciados pela alienação[402].

Outro ponto que merece relevância para nossas reflexões radica-se no fato de (principalmente no que se refere ao socialismo e liberalismo) que, lamentavelmente, ao tratar da liberdade, enquanto tema de categorias ideológicas, nem todos atentam para a sua variabilidade semântica.

Note-se, por exemplo, que nos Estados Unidos da América o liberalismo é compreendido como um movimento radical de esquerda, progressista e defensor das liberdades civis; já na Alemanha e Inglaterra, o liberalismo é tido como uma corrente de centro, nem conservadora e nem progressista. De outro passo, na Itália, mais próxima da acepção brasileira, o liberalismo está ligado à liberdade econômica[403].

---

trabalho e das trocas dos produtos do trabalho, constituintes da economia. Modos de produção (são as variações das condições materiais de uma sociedade que constitui a história dessa sociedade). As famílias ricas e poderosas dão a alguns de seus membros poderes exclusivos para narrar mitos e celebrar ritos. Criara-se nova instituição social, a religião, um novo poder social. Os grupos de famílias ricas disputam riqueza, daí surge nova instituição social, a guerra, e os vencidos se tornam escravos dos vencedores, e há concentração do poder econômico, social, político, militar e religioso. Além disso, os modos têm por base três fatores: forma da propriedade ou os meios de produção; a divisão social das classes e as relações sociais de produção (ou a realização social do trabalho). A história e a mudança ou a passagem de um modo de produção para outro. O homem é que faz a história ao mudar o modo de produção. Mas o fazem por condições determinadas, e por isso, às vezes, não sabem que fazem. Algo muito parecido com a consciência individual no modelo de Freud.

[401] Essencial advertir que "(...) a luta contra as alienações de toda ordem abriu as portas aos totalitarismos que negam a essência humana, como aos exageros da individualidade revoltada que também nega a essência humana pela projeção no futuro, num ativismo irracional e numa pletórica vontade de viver. Os dias que fluem revelam, entretanto, o esvaziamento dos mitos, o equilíbrio político universal, o apego à objetividade e a convicção profunda de que se torna indispensável a conjugação de esforços para a construção do futuro... mas, o equilíbrio não constitui uma aquisição sobre a qual podemos repousar. O equilíbrio é esforço, luta, persistência e vontade que, para prevalecer, deve manter-se atual e duradoura." BATALHA, Wilson de Souza Campos. **O declínio dos mitos e suas origens**. São Paulo: LTr, 1995, p. 397.

[402] Marx dirá que são três as formas de alienação. A alienação social, a alienação política, e a alienação intelectual. Nota-se, portanto, que a alienação social é o desconhecimento das condições histórico-sociais concretas em que vivemos e que são produzidas pela ação do homem também sob o peso de outras condições históricas anteriormente determinadas. Há dupla alienação, não percebem que instituem a sociedade e não percebem que a sociedade instituída é que determina as ações e pensamentos.

[403] Isso fica bem evidente nas últimas eleições norte-americanas, disputadas pelo candidato Barak Obama, do Partido Democrata (liberal) e Mitt Romnei, do Partido Republicano (conservador). Nos dois lados vemos propostas que não são nem totalmente liberais, nem totalmente conservadoras. No exemplo do Brasil, embora tenhamos um modelo capitalista, fundado na liberdade de iniciativa e na propriedade privada dos meios de produção, há uma significativa atuação social por parte do Estado.

É claro, embora tenham fisionomias próprias, cada um desses compósitos ideológicos acaba reciprocamente influenciado uns pelos outros.

Podemos concluir, portanto, que em se tratando de ideologia liberal não há, de fato, um rigoroso estancamento ideológico, mas apenas uma preponderância nos campos da atuação estatal.

Ademais, malgrado o liberalismo, essencialmente, seja uma corrente ideológica, encontramos na literatura uma abordagem fragmentada do assunto.

Discorre-se não apenas em liberalismo, mas em liberalismo econômico[404], político[405] e até jurídico[406].

No campo econômico, principalmente com a doutrina de A. Smith[407], e sua impiedosa "mão invisível", o liberalismo, contrapondo-se ao socialismo econômico, e ao comunismo[408], sugere um absenteísmo estatal profundo (laissez faire), associado a um mercado essencialmente autopoiético.

---

[404] Segundo Macedo, entre as teses econômicas comuns, encontramos as seguintes. "(...) a crença no mercado, revalorização do trabalho como fonte de dignidade e dever para todos e de interesse humano; defesa da propriedade privada como estrutura do sistema econômico e base da liberdade, defesa da livre empresa e iniciativa humana em economia, do lucro como estimulo e medida da economia; primazia do contrato sobre o estatuto; admissão da intervenção estatal só em casos definidos e autorizados pela representação popular, sem substituir o mercado, ou ainda, para desempenhar funções de suplência (principio da subsidiariedade) justificadas por urgentes razoes e limitada no tempo, como adverte J. Paulo II, na encíclica centesimus Annus, nº 48." MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: Ibrasa, 1998, p. 29.

[405] Já as teses políticas centrais, de acordo com Macedo, são "(...) a confiança no mercado politico, ou seja, a livre escolha pelo povo, em eleições periódicas e abertas do governo, é o melhor modo de designar governantes, promover mudanças e eliminar a violência politica. Poderíamos expressar isto nos seguintes pontos: a) legalidade e direitos humanos; b) consentimento como base do governo; c) governo representativo, assegurada a presença das minorias; d) constitucionalismo que institua um governo limitado de direito; e) soberania popular apurada em sufrágio universal; f) partidos políticos como meio de institucionalizar e canalizar a vontade do povo." Ibid., p. 29.

[406] Sobre o liberalismo e o conservadorismo na legislação, confira STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2005, p. 111.

[407] Adam Smith, diz Malthus, "(...) observou corretamente que uma determinada quantidade de trabalho produtivo empregada na manufatura jamais poderia igualar uma reprodução tão grande quanto na agricultura (...) se Adam Smith se refere ao valor, ele tem razão; mas se ele se refere à riqueza, que é a questão mais importante, ele está equivocado, pois ele próprio definiu a riqueza como consistindo de gêneros de primeira necessidade, de satisfações e conveniências da vida humana. Um conjunto de gêneros de primeira necessidade e de satisfação não pode ser comparado com outro conjunto; o valor de uso não pode ser medido por nenhum padrão conhecido, pois cada um calcula o seu valor de maneira diferente. RICARDO, David. **Os economistas**: princípio da economia política e tributação. Tradução Paulo Henrique Ribeira Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 316.

[408] São relevantes as colocações sobre o comunismo, apresentadas por Zizek. De acordo com ele, "(...) o fato de que Deleuze, pouco antes de morrer, estivesse escrevendo um livro sobre Marx denota uma tendência mais ampla. No passado cristão, era comum as pessoas que haviam levado uma vida dissoluta voltarem para a segurança da igreja na velhice e, assim, morrer conciliadas com Deus. Acontece algo semelhante, hoje, com muitos esquerdistas anticomunistas. No fim de seus dias, voltam para o comunismo como se, depois de uma vida de traição pervertida, quisessem morrer conciliados com a ideia comunista. Assim como os antigos cristãos, essas conversões tardias carregam a mesma mensagem básica: passamos a vida nos rebelando em vão contra o que, no

Já o liberalismo político, ou reformismo, busca uma postura equilibrada no cenário da política, que não é concretizada nem pela revolução, nem pela manutenção da política. Esse modelo pode ser contemplado na atuação do Partido Social Democrata alemão, após a Primeira Guerra Mundial.

Por fim, no campo do Direito, o liberalismo jurídico revela-se no Estado de Direito, com a garantia dos Direitos e liberdades individuais de primeira dimensão[409].

---

fundo, sabíamos o tempo todo que era verdade. Assim, se até um grande anticomunista como Kravchenko pode em certo sentido voltar à sua fé, nossa mensagem, hoje, deveria ser: não tema, junte-se a nós, volte! Você se divertiu com o anticomunismo e está perdoado por isso – está na hora de levar a vida a sério outra vez (...).” ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 130.

[409] Merece destaque, nesse ponto, o seguinte aresto do STF: “Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.) No mesmo sentido é o aresto seguinte: ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011. No mesmo sentido: "Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Adequação – Interrupção da gravidez – Feto anencéfalo – Política judiciária – Macroprocesso. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do STF. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental – como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade –, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Liminar – Anencefalia – Interrupção da gravidez – Glosa penal – Processos em curso – Suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Liminar – Anencefalia – Interrupção da gravidez – Glosa penal – Afastamento – Mitigação. Na dicção

A despeito dessas colocações, tomando friamente as propostas kantianas, reconhecendo a essência liberal da dignidade da pessoa humana teríamos de aceitar que o melhor cenário seria formado por um Estado distante, absenteísta, e pouco prestativo.

Logo, a projeção do Estado na conformação da vida da sociedade implicaria violação indevida ao livre exercício da procura de felicidade e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana.

Em que pesem essas colocações, é preciso fazer uma advertência, qual seja, a de que a dignidade da pessoa humana se desdobra em outras faces, além do princípio da liberdade[410].

Nesse caso, não apenas a liberdade, mas também a igualdade[411], a integridade moral e física (no sentido de garantia de recursos para uma vida digna), e a solidariedade (como compromisso de conviver com as diferenças) são aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana[412].

---

da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27-4-2005, Plenário, DJ de 31-8-2007).

[410] Não temos dúvida de que, "(...) tanto a liberdade moderna, quanto a antiga, estão igualmente ligadas à teoria das formas de governo, e é, portanto, no problema do governo e do Estado que reside a ponte para o encaminhamento do tema. Ademais, a liberdade moderna e privada do não-impedimento e a liberdade antiga e pública da autonomia coletiva, provenientes da participação democrática são ambas situações prescritivamente desejáveis, ou seja, valores que motivam a ação." LAFER, Celso. **Ensaios Sobre a Liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 25.

[411] Sobre o Princípio da igualdade das partes, o Código de Processo Civil é expresso no sentido de que o Juiz dirigirá o processo, competindo-lhe "assegurar às partes igualdade de tratamento" (art. 125, I). "(...) a lei processual garante aos litigantes, em princípio, iguais ou semelhantes oportunidades no exercício dos direitos, poderes, deveres e ônus processuais, assim lhes assegurando atividade eficaz na defesa das respectivas pretensões. Cumpre, todavia, ter em mente que a verdadeira igualdade não consiste em tratar a todos igualmente, mas em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na proporção das respectivas desigualdades. A regra básica da igualdade das partes é, portanto, regulada mediante normas procedimentais adequadas à posição da parte e à natureza do processo." CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

[412] Por sua singularidade, é oportuna a transcrição do seguinte trecho de Antígona, dirigindo-se a Creonte sobre a transgressão de suas leis: "(...) Não foi, com certeza Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. Sei que vou morrer. Como poderia ignorá-lo? E não foi por advertência tua. Se antes da hora morrermos, considero-o ganho. Quem vive num mar de aflições iguais às minhas, como não há de considerar a morte lucro? Defrontar-me com a morte não me é tormento. Tormento seria, se deixasse insepulto o morto que procede do ventre de minha mãe. Tuas ameaças não me atormentam. Se agora te pareço louca, pode ser que seja louca aos olhos de um louco." SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução do grego de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 34.

A liberdade e a igualdade são valores que assumem uma posição de centralidade na condição humana. É na igualdade que podemos ser diferentes, e são nossas diferenças que nos fazem iguais. Num estado democrático de Direito, em que a liberdade e a igualdade são verdadeiros paradigmas republicanos, é o plural que se sobrepõe ao singular, é o heterogêneo que está acima do homogêneo[413].

Só há liberdade, na sua essência mais lídima, se pudermos ser vários, se nossas verdades e crenças, nossos valores e compreensões de mundo, puderem conviver em harmonia, num mesmo plano, sem amputações, sem preconceitos, e preferências.

É justamente por podermos ser muitos, ao mesmo tempo em que somos um, que nos tornamos iguais.

Os homens de qualquer sociedade ou de um grupo só podem dizer que são iguais se tiverem plena liberdade para pensar e viver ao seu modo, sem submissão aos valores dos demais[414].

O único limite que encontraremos para o exercício de nossa liberdade, conforme assinalado por Kant, estará nas liberdades dos demais sujeitos do nosso grupo[415].

---

[413] Não é desnecessário recordar que, como corolário do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia veda a prática de tratamento desigual entre iguais. Nesse contexto, o preconceito surge como uma atribuição de tratamento desigual às pessoas iguais. Ilustrativamente, a opção sexual de pessoas não é legítimo fator para diferenciar substancialmente os seres humanos, assim como se passa a cor da pele, ou mesmo a crença. A questão da igualdade foi amiúde apreciada no bojo da literatura clássica. Nesse passo, confira o seguinte trecho da obra de Shakespeare, ao tratar da aspiração da igualdade na desigualdade. Helena - Ato I – Cena I: "(...) O céu que decide nosso destino nos dá total liberdade de ação; apenas puxa para trás nossos lentos desígnios quanto somos nós mesmos lentos de raciocínio (...) temos destinos mundanos separados por um espaço abismal, e a natureza faz unirem-se como se fossem iguais, faz beijarem-se como se tivesse o mesmo berço. Impossíveis são as tentativas raras daqueles que pesam suas dores com a razão e o bom senso, e supõem que o que aconteceu não pode acontecer (...) (aspirar a igualdade na desigualdade)" SHAKESPEARE, William. **Bem está o que bem acaba**. Tradução: Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 29.

[414] Rousseau, nos seus Devaneios, teve a seguinte reflexão: "(...) enquanto ajo com liberdade, sou bom e faço apenas o bem; porem, assim que sinto o jugo, seja da necessidade, seja dos homens, me torno rebelde, ou melhor, insubmisso, e assim me anulo. Quando é preciso fazer o contrario de mina vontade, não o faço, não importa o que aconteça; também não faço minha própria vontade, porque sou fraco. Eu me abstenho de agir, pois toda a minha fraqueza é pela ação, toda a minha força é negativa e todos os meus pecados são de omissão, raras vezes de ação. Nunca acreditei que a liberdade do homem consistisse em fazer o que quisesse, mas sim em nunca fazer o que não quisesse, e esta é a liberdade que sempre reclamei, muitas vezes preservei e pela qual mais escandalizei meus contemporâneos." ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os devaneios do caminhante solitário**. Tradução Júlia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 84-85.

[415] Para Kant, é bom que se dita, "(...) o conceito de liberdade, tendo em vista que sua realidade é demonstrada por meio de uma lei apodíctica da razão prática, constitui a pedra angular de todo o edifício de um sistema da razão pura, inclusive da razão especulativa, e todos os demais conceitos

Portanto, devemos suportar um decote parcial na plenitude do exercício de nossa liberdade, justamente para garanti-la. Além do mais, os limites e contingências da liberdade devem (ou deveriam ser) consensualmente postos por todos os sujeitos envolvidos com esses fatores.

Quando o assunto é liberdade, uma máxima se impõe: somente pela entrega se pode receber - por mais paradoxal que isto possa parecer, é esta a lógica essencial de grande parte dos seres vivos (e.g. somente entregando alguns gases é que recebemos outros gases essências para nossa vida, como o oxigênio).

Aliás, a dignidade da pessoa humana está relacionada com os Direitos fundamentais, gênero do qual decorrem os Direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, e Direitos políticos.

Os Direitos individuais, por sua vez, projetam-se sobre a vida; a liberdade; a igualdade; a segurança; a propriedade; e a privacidade[416].

Sidney Guerra, reportando-se a José Augusto Lindgren Alves, aduz que os Direitos Humanos vivem situação contraditória nesta fase de "pós-modernidade". Adquiriram inusitada força discursiva, mas são ameaçados de todos os lados. Afirmaram-se como baliza da legitimidade institucional, mas sofrem rudes golpes da globalização econômica[417]. As formulações sobre o mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A proposta de estabelecer um rol de Direitos que comporia o mínimo vital tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre Direitos sociais,

---

(os de Deus e da imortalidade) que, enquanto simples ideias, permanecem na razão especulativa sem apoio, conectam-se com este (conceito), e adquirem com ele e por meio dele consistência e realidade objetivas, isto é, a sua possibilidade é demonstrada pelo fato de ser liberdade efetiva, uma vez que tal ideia se manifesta por meio da lei moral." KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 3ª ed. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 15.

[416] São destinatários dos direitos e garantias fundamentais todas as pessoas humanas que estiverem no território nacional, inclusive os estrangeiros. Repare que o artigo 5º, da CF, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Há, contudo, exceções expressamente previstas na CRFB, por exemplo, no caso da ação popular, que só pode ser proposta por cidadão.

[417] Conforme o pensamento de Zygmunt Bauman, "(...) numa análise do processo da globalização, a mobilidade dos indivíduos consiste em um estado ensejado pela constante mudança de um mundo cada vez mais dinâmico e complexo. De acordo com o ilustre teórico, a mobilidade, mesmo não sendo física, é um fator principal de estratificação na pós-modernidade. Nota-se aqui uma polarização e uma ruptura de comunicação entre um grupo "global", que dita as regras no mundo globalizado, ou seja, uma elite extraterritorial que detêm os centros produtores e irradiadores de valores e da cultura planetária, e um grupo fixo à localidade em concordância com a tendência neotribal e fundamentalista e à progressiva segregação espacial, a qual, ao lado da tendência oposta de integração, consiste em parte integrante do processo de globalização." BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 01/10.

contudo, cabe aclarar que não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem reduzi-lo ao Direito de subsistir. Apesar das dificuldades, não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global e nem seria correto definir quais seriam os limites internos de cada Direito social, selecionado como inerente ao mínimo vital sugerido, visto que igualmente as graduações cairiam no mesmo problema da subjetividade de quem as estipulam[418].

Para Kildare Gonçalves Carvalho, de outro turno, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos Direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que aqueles devem ser interpretados[419].

Com relação ao tema, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os Direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos Direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os Direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Na realidade, embora Kant deixe a ressalva de que o limite de nossa liberdade está na liberdade alheia, sabemos, muito bem, que esse limite não seria atendido, se, havendo um recuo do Estado, toda a gestão da vida social ficasse nas mãos da pluralidade particularizada de sujeitos - conduzidos pelas mais complicadas paixões, e conformados pelos mais variados valores.

Ilustrativamente, ao procurar uma categorização fenomenológica da liberdade, neste campo, B. Constant, como exemplo, sugere uma categoria positiva e outra negativa da liberdade. A liberdade positiva seria a liberdade de cidadania, de participação e intervenção nos assuntos políticos da sociedade. Já a liberdade negativa seria aquela que colocaria limites ao Estado, na atuação sobre os assuntos particulares.

Neste mesmo propósito, G. Jellineck também apresentaria uma concepção estratificada da liberdade. Em sua teoria dos quatro *status*, o citado autor sugere que o indivíduo pode assumir os seguintes *status* diante do Estado: passivo (deve se

---

[418] GUERRA, Sidney et al. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, 2006, dez. p. 394-395.

[419] CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

subordinar aos poderes públicos e se sujeitar a deveres fundamentais); negativo (goza de autodeterminação e tem o direito de se opor à ingerência do Estado); positivo (pode exigir a atuação positiva do Estado); ativo (pode exercer os direitos políticos e participar na formação da vontade do Estado).

Além do mais, a despeito do reconhecimento da liberdade e da centralidade do ser humano, sobretudo no campo do Direito, temos de ponderar que, nos dias hodiernos, o homem deve ser compreendido no seu contexto social. Logo, a tutela do indivíduo deve ser feita numa perspectiva social, ou seja, a proteção do ser humano deve ser buscada considerando-o inserto no seu grupo[420].

O reconhecimento da individualidade no contexto da coletividade é, inclusive, uma tendência do moderno Direito privado, como pode se notar do Novo Código Civil, vigente a partir do ano de 2003, que, superando os excessos de individualismos[421], apresenta uma perspectiva social da pessoa humana[422].

---

[420] Como o direito é instrumento de apoio à harmonia no plano da sociedade, cujo destinatário final é o próprio ser humano, antes de nos preocuparmos com o direito em si mesmo, devemos questionar as contingências e características do seu destinatário: o homem. Para compreendermos a criatura, o direito, temos de compreender, antes, o criador, o homem. Partindo do ser humano, socialmente contextualizado, poderemos coletar as bases fundamentais para a construção de um conjunto normativo mais adequado à orientação dos sujeitos dentro da sociedade.

[421] Com certeza, "(...) as condições da sociedade individualizada são inóspitas à ação solidária; elas militam contra a visão da floresta por trás das árvores. Além disso, as florestas antigas, antes paisagens familiares e facilmente reconhecíveis, foram dizimadas e é improvável que novas florestas as substituam, já que o cultivo da terra tendeu a ser repassado a pequenos proprietários agrícolas que trabalham individualmente. A sociedade individualizada caracteriza-se pelo afrouxamento dos laços sociais, esse alicerce da ação solidária. Também é notável por sua resistência a uma solidariedade que poderia tornar esses laços duráveis — e seguros." BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 32. Nesse mesmo contexto, ao ser perguntado sobre o problema do mundo contemporâneo, Zizek responde que "(...) o problema é que, embora nossos atos (às vezes até individuais) possam ter consequências catastróficas (ecológicas etc.), continuamos a perceber essas consequências como anônimas/sistêmicas, como algo pelo qual não somos responsáveis, no qual não há agente visível. Em termos mais exatos – e aqui voltamos à logica do louco que sabe que não é um grão de milho, mas teme que as galinhas não tenham se dado conta disso - , sabemos que somos responsáveis, mas a galinha (o grande Outro) ainda não percebeu isso. Ou, na medida em que o conhecimento é a função do eu, e a crença é a função do Outro, conhecemos muito bem o real estado das coisas, mas não acreditamos – o grande Outro nos impede, de acreditar, de assumir esse conhecimento e essa responsabilidade (...) ao contrario do que pensam os promotores do principio da precaução, a causa de nossa não ação não é a incerteza cientifica. Sabemos, mas não conseguimos nos obrigar a acreditar no que sabemos (citação de Jean-Pierre Dupuy, Retour de Tchernobyl, 147) ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011, p. 448.

[422] Nesse aspecto, reputamos essencial para o reforço de nossa defesa, a comemoração das seguintes ponderações, lançadas por Comparato. Para o autor, "(...) por trás das divergências ideológicas, da intensificação dos choques culturais e da mundialização dos conflitos armados no século XX, é possível enxergar, atuando em profundidade desde o início do mundo moderno, dois movimentos antagônicos, de cujo embate depende hoje o futuro da humanidade: o capitalismo e a reconstrução do sistema mundial dos direitos humanos. No capitalismo vigora, sem exceções, o princípio da realização do interesse próprio e imediato de cada indivíduo, grupo social ou povo, sem a menor consideração pelo bem comum da coletividade e das futuras gerações. Neste início de um

Sobre a superação da absolutização do indivíduo, o Professor Miguel Reale já mencionava na referida Exposição de Motivos do Código Civil, que superado de vez o individualismo, condicionante das fontes inspiradoras do Código Civil de 1916, se passa a reconhecer que o Direito é social, em sua origem e em seu destino. Logo, é impositiva a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais. Assim, a pessoa humana será preservada, sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global, de comum participação[423].

---

novo milênio o movimento capitalista apresenta, no mundo inteiro, claros sintomas de esgotamento por falta de um projeto global. Desde 1980, a parte correspondente aos rendimentos de capital na formação do produto mundial não cessa de aumentar, enquanto a dos rendimentos do trabalho, assalariado ou autônomo, continua a decrescer. Reproduz-se desse modo, no interior de cada país, a fratura aberta no plano internacional entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O novo sistema de transnacionalidade empresarial, aliás, faz com que uma empresa dominante, com sede em determinado país, estabeleça relação de senhorio e servidão com outras em várias partes do mundo, obrigando as empresas servas a operar em sistema de *dumping* social e negação dos mais elementares direitos trabalhistas. Ao mesmo tempo, nesta fase do fortalecimento do capitalismo financeiro, verifica-se, no mundo todo, uma inquietante redução dos investimentos produtivos, em relação ao total de riquezas produzidas...: Finalmente, em contraste com o desnorteamento e o caráter mundialmente predatório do capitalismo, assistimos à progressiva formação do conjunto de direitos humanos como um sistema, no sentido que esse conceito assume hoje na biologia e nas ciências humanas. Nos mais diversos países, assim com no plano das relações internacionais, reforça-se continuamente a conexão entre direitos individuais e direitos sociais, entre direitos dos povos e direitos da humanidade. Nesse ambiente comunitário, tudo se submete ao princípio da igualdade fundamental dos seres humanos, com a preservação de suas legítimas diferenças biológicas e culturais (...)". COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 1ª ed. São Paulo: Editora Schwarcz, 2006, p. 698-699.

[423] REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro. Diário do Congresso Nacional (Seção I) – Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.108; Sobre a questão, Reale, ainda por ocasião da Exposição de Motivos do Código Civil assinala, ainda, o seguinte: "(...) não procede a alegação de que a Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios éticos jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Com efeito, essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de sociabilidade e concreção, tal como se dá no presente Anteprojeto. Aliás, não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o tão grande risco da tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético. Tal compreensão dinâmica do que deve ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com a amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado de salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela. O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao Juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do Direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção

Em reforço do que assinalamos, temos de frisar que desconsiderar que os membros da sociedade são diferentes em seus valores e suas paixões, que muitos são mesquinhos e gananciosos, indiferentes aos Direitos de seus pares, é dar de ombros para uma evidência exaustivamente experimentada pelo homem ao longo do curso histórico[424].

Conclusão

Por tudo que vimos, defendemos que o Magistrado tenha o ser humano e a dignidade da pessoa humana como referências no exercício da atividade jurisdicional.

Além disso, sustentamos que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida em suas múltiplas faces, vale dizer, não apenas no aspecto da liberdade. Assim, a liberdade dos sujeitos deverá sofrer mitigações em benefício do corpo social.

De outro lado, para garantir a legítima participação dos atores sociais no cenário político e econômico da sociedade, defendemos a intervenção do Estado, sobretudo para conter os excessos e promover a superação das carências[425].

---

mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A exigência de concreção surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais 'in fieri'. REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro**. Diário do Congresso Nacional (Seção I) - Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.113.

[424] A propósito da do individualismo como base da corrupção no Brasil a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Eliana Calmon, proferiu palestra sobre o tema "Ética e Regulação" durante as celebrações do Dia Internacional contra a Corrupção, no dia 09/12/2013, em Natal. A magistrada, diretora-geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo (Enfam), apontou a cultura do individualismo como a base da corrupção no Brasil, gerando o "patrimonialismo entre o estado e a sociedade, ensejando a apropriação de recursos públicos para fins pessoais". Eliana Calmon destacou que a incapacidade para pensar no coletivo impede que se desenvolva uma ética social. "Hoje em dia, aquele que está pensando somente em si, está pensando em nada", afirmou. A palestrante admitiu que é difícil criar uma mecanismos 100% eficazes para combater as irregularidades, mas apontou avanços como a criação da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), em 2003, e as iniciativas do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). "Alguns juízes ainda hesitam em utilizar as informações oriundas dessas instituições. Mas elas permitem mapear as atividades financeiras em todo país e descobrir várias irregularidades", informou. Outro avanço, segundo Calmon, foi a criação de diversas leis, como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei da Ficha Limpa. Segundo a ministra, tais iniciativas criaram um arcabouço legal para combater os corruptos. "Também devemos lutar contra a burocracia e o anonimato, duas grandes ferramentas de corruptores e corruptos", concluiu. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112627>. – Notícia veiculada no site do STJ, no dia 10/12/2013, às 19h18. Acesso em: 11 dez. 2013, às 12h11.

[425] É de se pontuar que as tensões entre o exercício da liberdade e a atuação do Estado são exaustivamente debatidas por autores de toda parte do mundo, ou seja, questões como eutanásia,

Em todo caso, a intervenção do Estado, através da atuação do Magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, deverá ser sempre proporcional e razoável, mantendo-se ajustada ao modelo democrático, além de conformada aos diversos aspectos da dignidade da pessoa humana[426].

Assentadas nossas ponderações sobre a dignidade da pessoa humana, seguimos ao apreço das questões atinentes à historicidade e à cultura.

3.4 - Historicidade, cultura e direito - apontamentos para o protagonismo do Magistrado conforme a cultura e os valores de seu tempo

Neste ponto defenderemos que o Magistrado, sobretudo diante do plano de recuperação judicial, atue em conformidade com a cultura[427] e os valores de seu tempo.

---

aborto, manipulação de material genético e manifestação nos meios de comunicação, dentre muitas outras, (re)colocam o problema da liberdade na agenda de discussões século XXI. Muitos autores contemporâneos, como R. Dworkin, J. Rawls, M. Sandel, dentre outros, assumem esta temática, e nos convidam para uma aguda reflexão.

[426] Aliás, o Estado Democrático de Direito desponta entre os excessos do Estado prestacionista e a carência do Estado liberal. Com relação à questão da liberdade e da presença do Estado, apresentamos o seguinte aresto do STF: "A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011).

[427] Essencial destacar os apontamentos de Freud sobre a questão da cultura. Para o autor, "(...) um dos traços de uma cultura é o modo com são regulamentadas as relações dos seres humanos entre si, as relações sociais que dizem respeito ao ser humano na condição de vizinho, de ajudante, de objeto sexual do outro, de membro de uma família, de um estado. Neste ponto é particularmente difícil livrar-se de determinadas exigências ideais e apreender aquilo que é propriamente cultural (...) a convivência humana só se torna possível quando reúne uma maioria que é mais forte do que cada indivíduo e que permanece unida contra cada um deles. Na condição de "direito", o poder dessa comunidade se opõe então ao poder do indivíduo, condenado como 'força bruta'. A substituição do poder do indivíduo pelo poder da comunidade é o passo cultural decisivo. Sua essência consiste no fato de que os membros da comunidade se restringem em suas possibilidades de satisfação, enquanto o indivíduo não conhecia tais restrições. A exigência cultural seguinte, portanto, é a da justiça, isto é, a garantia de que o ordenamento jurídico estabelecido não venha a ser quebrado em favor de um indivíduo. Com isso, não se decide acerca do valor ético de semelhante direito. O desenvolvimento cultural posterior parece tender no sentido de que esse direito não seja mais a expressão da vontade de uma comunidade restrita - casta, camada da população, grupo étnico, que se comporta em relação a outras massas, talvez mais amplas, de modo semelhante a um indivíduo

E para superar estes desafios, dentre outros recursos, o Magistrado precisa, de início, se conscientizar que a 'verdade' é relativa e possui variação semântica[428].

Deve estar ciente, ademais, de que vivemos inseridos num contexto cultural em que não há plena liberdade.

Além disso, o Magistrado precisa reconhecer a acentuada relação entre o Direito e a ideologia, bem como o relevante papel desta última na neutralização dos valores insertos no discurso persuasivo da dogmática jurídica.

Por fim, tem de assumir que o Direito é produto cultural e, como tal, precisa ser compreendido a partir do contexto histórico do intérprete.

3.4.1 - Relativização da 'verdade' e sua variação semântica

Como visto, sustentamos que o Magistrado contemporâneo deve atentar-se aos contornos semânticos de 'verdade'[429].

---

violento. O resultado final deve ser um direito para o qual todos - pelo menos todos os que são capazes de tomar parte numa comunidade – tenham contribuído com o sacrifício de seus impulsos, e que não permita que ninguém - mais uma vez com a mesma exceção – se torne vítima da força bruta (...) se quisermos saber, porém, que valor pode reivindicar a nossa concepção de desenvolvimento cultural como um processo particular comparável à maturação normal do indivíduo, temos de abordar, evidentemente, um outro problema; teremos de perguntar a que influências o desenvolvimento cultural deve sua origem, como ele surgiu e o que determinou o seu curso." FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 97/98-102. Ainda, sobre a pena na cultura dos povos primitivos, e as punições decorrentes de violações de totens e tabus, indicamos a seguinte leitura: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da Pena. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 5 e 16.

[428] Não temos dúvida de que, "(...) no campo daqueles que procuram a verdade não existe nenhuma autoridade humana. Todo aquele que tentar ser o magistrado será envolvido pelas risadas dos deuses." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 7: De Freud à atualidade. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2006, p. 111.

[429] São lúcidas, nesse aspecto, as assertivas de Platão na sua Apologia de Sócrates. Sócrates teria dito que "(...) vós, também, ó juízes, deveis ter boa esperança em relação à morte, e considerar esta única verdade: que não é possível haver algum mal para um homem de bem, nem durante sua vida, nem depois de morto; que os deuses não se desinteressam do que a ele concerne; e que, por isso mesmo, o que hoje aconteceu, no que se refere a mim, não é devido ao acaso, mas é a prova de que para mim era melhor morrer agora e ser libertado das coisas deste mundo. Eis também a razão por que a divina voz não me dissuadiu, e por que, da minha parte, não estou zangado com aqueles que votaram contra mim, nem contra meus acusadores. Não foi com esse pensamento, entretanto, que eles me acusaram e me condenaram, pois acreditavam causar-me um mal. Por isto é justo que sejam censurados. No entanto tudo o que lhes peço é o seguinte: Quando os meus filhinhos ficarem adultos, puni-os, ó cidadãos, atormentai-os do mesmo modo que eu vos atormentei, quando vos parecer que eles cuidam mais das riquezas ou de outras coisas que da virtude. E, se considerarem que são alguma coisa e não são nada, reprovai-os, como eu a vós: não vos preocupeis com aquilo que não lhes é devido. E, se fizerdes isso, terei de vós o que é justo, eu e os meus filhos. Mas, já é hora de irmos: eu para a morte, e vós para viverdes. Mas, quem vai para a melhor sorte, isso é segredo, exceto para Deus." PLATÃO. **Apologia de Sócrates – O Banquete**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 90; Schopenhauer, ainda, sobre a libertação da morte nos disse que "(...) O morrer é o momento de libertação de uma individualidade estreita e uniforme, que, longe de construir a substância íntima de nosso ser, se apresenta bem mais como um tipo de

Para o bom desenvolvimento da questão, temos de advertir que o homem é um ser essencialmente gregário; logo, necessita viver em grupo.

A vida em grupo, contudo, reclama que o sujeito se comunique com os demais membros, sob pena de, não o fazendo, lançar-se ao isolamento.

No entanto, para se comunicar com maior facilidade o homem deve crer que sabe algumas verdades, caso contrário, as indagações ocupariam os lugares das respostas, e a comunicação não seria possível[430].

Assim, por uma necessidade (de viver gregariamente), o homem recebe e aceita algumas crenças e reconhece verdades, sem questionamentos[431].

Sem nos darmos conta, essas verdades ou certezas são introjetadas seletivamente por nós. Ao receber dados do mundo sensível – seja por seres inanimados (ao nos depararmos com um muro, sabemos que não podemos passar por entre ele) ou por seres animados, animais, plantas, pessoas (que amamos, que tememos, que odiamos, que confiamos, que desconfiamos) – nós selecionamos, inclusive por influência de dados já colhidos anteriormente, quais verdades ou mentiras farão parte do nosso conhecimento[432].

---

aberração: a liberdade verdadeira e primitiva reaparece nesse momento que, em sentido já indicado, pode ser visto como uma restitutio in integrum (restituição ao estado anterior). Daí parece provir a paz e a calma na face da maioria dos mortos. Em geral, a morte de todo homem é doce e tranquila, mas morrer sem má vontade, voluntariamente, morrer satisfeito, é privilégio do homem resignado, daquele que renuncia à vontade de vida, e a nega: pois ele só quer uma morte real, e não apenas em aparência; por conseguinte, não precisa e não exige permanência alguma de sua pessoa. A existência que conhecemos, ele a abandona sem pena: o que lhe cabe em vez desta é nada aos nossos olhos, porque justamente nossa existência, comparada com aquela, é um nada." SCHOPENHAUER, Arthur. **Da morte – Metafísica do Amor – Do sofrimento do mundo**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 74

[430] Certamente, se "(...) a comunicação aproximou os homens, a circunstancia de existirem abismos ideológicos separando os povos e as nações não impede que todos sejam afetados pela crise do mundo contemporâneo." SANT'ANNA, Rubens. **Uma Nova Dimensão do Direito in Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974, p. 238.

[431] Destacamos a existência de outras teorias sobre a verdade. A teoria da verdade por correspondência, para a qual as coisas e ideias são verdadeiras ou falsas; Teoria da verdade por coerência e Teoria da verdade por consenso. Nessas, os enunciados, os argumentos e as ideias são julgados verdadeiros ou falsos; Teoria da verdade pragmática, para a qual são os resultados que podem ser verdadeiros ou falsos. Nas teorias da verdade por correspondência e da verdade pragmática, a verdade é resultante de um acordo, entre pensamento e realidade. Nas teorias da verdade por coerência e verdade por consenso, a verdade é um acordo do pensamento e da linguagem consigo mesmos conforme os vetores que eles deram para eles mesmos.

[432] O exercício seletivo da verdade recai sobre tudo que possa ser compreendido pelo homem, inclusive o tempo e o lugar. Tomando a crítica da razão pura de Kant, o espaço e o tempo são formas de sensibilidade universalmente presentes em todas as estruturas racionais do sujeito cognoscente. Vale dizer, o espaço e o tempo são ideais que já nos pertencem, antes mesmo de qualquer contato experimental com o mundo exterior. Sem as ideias de tempo e espaço, aprioristicamente presentes na razão, não podemos operar dados na (e para) a produção de conhecimento. Nada pode ser percebido, senão pela situação temporal e espacial. Todos os nossos conhecimentos são cronológicos, pois formatados e assentados em dados situados temporalmente. A compreensão

Além disso, essas verdades ou crenças são tradicionalmente transmitidas para nós, desde que tocamos o ambiente ao nascer[433].

Com efeito, é pela aprendizagem, dos pais, familiares, amigos, e dos membros do convívio que vamos capturando convicções, verdades e certezas sobre o mundo e sobre nós mesmos; no decorrer da nossa breve existência vamos formando um catálogo (certamente provisório, instável e constantemente mutável) de verdades e saberes, que, por sua vez, é utilizado para construir e capturar novas verdades e saberes.

Sem essas verdades e saberes seria difícil viver (principalmente no mundo de hoje, em que a velocidade é marca maior), pois todo agir seria precedido de uma indagação, de um por quê. Uma simples resposta poderia levar algumas horas, meses, anos, décadas, quem sabe a vida toda. Nesse caso, a vida seria silêncio[434].

---

cronológica parte não apenas de dados individuais (temporalmente isolados), mas, principalmente, do relacionamento de dados (temporalmente isolados), operado pelo sujeito cognoscitivo. Este relacionamento pode ser operado com dados sincrônicos (do mesmo tempo), ou com dados temporalmente preexistentes. As mesmas conclusões alcançadas acima valem para o espaço. É a situação espacial, isolada ou relacionada, dos entes, conjugada como os aspectos temporais, que nos permitirá o conhecimento. Fragmentar o espaço, por exemplo, em territórios que pertencem a esse ou aquele povo, em propriedades que pertencem a esse ou aquele sujeito, é uma verdade, uma crença seletivamente tomada pelo homem (daí surgirem discussões sobre a propriedade; Proudhon, por exemplo, sustenta que ela é um roubo. Veja na história quantas divisões espaciais foram feitas pelo homem, do Tratado de Tordesilhas, que dividiu o mundo verticalmente, de Versalles, que até o espaço sideral pretendeu-se dividir durante a guerra fria). O fragmento do tempo, também é uma arbitrariedade, um agir seletivo do homem. Muitos não se dão conta que diversos dos calendários são artifícios para dividir o indivisível, o tempo. Mas essa pseudoverdade, de que o tempo é fracionável, seria necessária para que o homem pudesse se reconhecer melhor, se situar, dentro da infinitude do tempo. Ainda que possa ser utilizado como meio de dominação do homem pelo homem, para impor o trabalho e controlar o agir, a fragmentação pelo decote cronológico é uma verdade muito útil para uma programação finalista de nossa ação; para podermos, ao menos no desejo, reconhecer um percurso e a nossa localização em relação a ela.

[433] O "mito da caverna" em *A República*, de Platão, ilustra, metaforicamente, a fragilidade das nossas convicções, demonstrando que tomamos por luz aquilo que é sombra. O que entendemos por verdade e realidade muita vez pode ser apenas uma fabulação da nossa percepção e da nossa consciência. Nem sempre os nossos sentidos permitem que compreendamos e saibamos como de fato pretendemos compreender e saber. A verdadeira verdade pode ser um grande engodo; esse alerta, que surge desde os luminares do pensamento grego, se de um lado nos deixa frágeis e um tanto quanto desconfiados, de outro, nos faz mais lúcidos e menos pretensiosos.

[434] Pensar que, um sujeito que chega numa festa e é questionado por um dos convidados: Quem é você? Se não tiver tanta crença de quem é, que o levaria a uma resposta quase imediata, o questionamento sobre "quem sou", impediria uma resposta tão imediata. Se fossemos apontar os vários exemplos possíveis, certamente, não teríamos tempo de concluir esses pensamentos. Mas o que é pensamento? O que é tempo? É simbólica a seguinte frase de Lessing, citado por Hannah Arendt: "Que cada um diga o que acha que é verdade, e que a própria verdade seja confiada a Deus!" ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia de Letras, 2008, p. 40.

A despeito do que já expusemos, em síntese, podemos assegurar que hoje, para desgosto do positivismo cientificista, a "verdade" é essencialmente axiológica[435].

Portanto, seja como uma ideia, condição ou atributo, são os nossos valores que nos lançam às contingências para dizermos o que é 'verdade'[436].

Feitas estas ponderações sobre a questão da verdade, deixemos algumas colocações a respeito da cultura.

3.4.2 – A limitação da liberdade no contexto cultural

Conforme já assinalado, ao contrário do que pensamos, não há liberdade plena numa vida cultural[437]. O que temos, na verdade, são variações extensivas do espaço de escolha para nossas ações.

A despeito do colocado, nos dias em que vivemos, é a liberdade de expressão garantida no cenário democrático que nos leva a construir novos saberes, novos valores, novas ideologias etc. Associada à essa liberdade criativa, a evolução tecnológica, a globalização dos meios de comunicação sociais, e o intercâmbio de

---

[435] Alguns dirão, em busca de uma redução, que o que conhecemos por filosofia ou ciência é mero produto cultural. O francês Lyltard, assim como o americano Rorty, dirá que ciência e filosofia são produções culturais do Ocidente. Numa visão pessimista, esses autores concluiriam dizendo que estas "buscas ocidentais", além de pretensiosas, seriam absolutamente inalcançáveis. Todas as verdades e crenças são radicadas nos mitos tribais do mundo ocidental, assim como em qualquer outro povo que já ocupara o nosso globo.

[436] Não apenas Verdade, ou Falsidade, mas outras ideias como Beleza, Bondade, Justiça etc., acabam sento definidas nas contingências axiológicas. Aliás, dentre as variadas culturas, poderemos encontrar concepções radicalmente diferentes do que seja verdade ou justiça - e.g. sobre verdade: em algumas culturas africanas, por exemplo, é verdade que se um portador do vírus HIV mantiver conjunções carnais com uma mulher virgem, poderá obter a cura. Já para nós, brasileiros, isto não passa de uma estupidez irracional; sobre justiça: para a maioria dos brasileiros católicos, condenar uma mulher à execução por apedrejamento, em virtude de uma infidelidade conjugal, não é algo justo, ao contrário do que pensam os governos de alguns países de tradição islâmica. Apesar de reconhecermos, generalizadamente, que a verdade é um produto cultural, definido conforme os valores de cada um, também encontramos na literatura variações sobre verdade. Para William Shakespeare, por exemplo, verdade radica-se no discurso, no que se diz que é verdade, ao contrário de Umberto Eco, para quem a verdade encontra sua fonte na crença, no acreditar que algo é verdadeiro.

[437] Carnelutti chegou a dizer até que "(...) o juiz ou o advogado que não tenha cultura cientifica do direito não vale mais que um medico que ignore anatomia ou a patologia. Mas há algo a mais de que a técnica necessita, e que não pode ser fornecido pela ciência do direito: é aquele conhecimento do fato, que em primeiro lugar é questão de intuição (...) mas a verdade é que esse algo mais não consiste apenas na intuição: para ser exato, se esta basta a colmatar a distancia entre o saber em geral e o saber fazer, não basta quanto a distancia seja entre o saber o direto e o saber fazer o direito. em suma, para saber fazer o direito é preciso, antes de duto, outro saber além do saber jurídico." CARNELUTTI, Francesco. **Discursos sobre o direito**. Tradução Francisco José Galvao Bruno. Leme: Hebermann, 2009, p. 92.

culturas são fatores responsáveis por uma grande hipertrofia do campo do conhecimento. Essa maximização cognitiva e axiológica não só afeta nossa forma de atuar no (com e para) o mundo e com relação a nós mesmos, como também nos convida a assumir novas formas de buscar o conhecimento.

Ainda que possamos escolher livremente os papéis que vamos protagonizar dentro de um contexto sociocultural, necessariamente, temos de exercê-los dentro de um conjunto, finito, de papéis disponíveis para nós.

Sem nos darmos conta, o exercício da liberdade está contingenciado por um rol de opções concebidas culturalmente no decorrer das nossas vidas.

Não há dúvida: nossas ações partem do que sabemos e conhecemos.

Como os nossos saberes e conhecimentos são limitados, logo, nossas condutas também são limitadas àquilo que sabemos e conhecemos[438].

Assim, quando expressamos liberdade de ação, temos de compreender e aceitar que essa "liberdade" é condicionada e exercida dentro dos estreitos limites daquilo que sabemos e conhecemos. Em última medida, são nossos valores e culturas que formam pautas para nossas ações.

Ao longo da nossa vida, os valores vão se entranhando cada vez mais nas contexturas da nossa personalidade[439] e, num dado momento, se não estivermos atentos, e manejarmos nossas críticas, estaremos absolutamente condicionados para agirmos de uma determinada forma.

Nota-se, ademais, que esta restrição da liberdade, pela influência dos valores e signos, pode agravar-se ou atenuar-se com o volume de informações que recebemos para a formação dos nossos saberes, sobretudo nos dias hodiernos, em que o fluxo de informações é extremamente grande e veloz - o que aumenta, acentuadamente, os riscos de um aprisionamento ideológico[440].

---

[438] As orientações deontológicas, contudo, podem emergir de variadas fontes e assumir diversas propriedades, como as normas jurídicas estatais, as normas morais das religiões, das comunidades artísticas, desportivas etc. Além disso, é preciso termos consciência da influência do poder na formação dos nossos paradigmas culturais, inclusive no que se refere às dimensões horizontal e vertical do espaço ocupado pelas diferenças sociais. Nesse último ponto, assinalamos que as tolerâncias sobre as diferenças no plano social estão essencialmente ligadas à cultura predominante, passando, invariavelmente, pelas mãos daqueles que centralizam os poderes nesta sociedade.

[439] Nesse sentido, vale destacar que "(...) uma das dimensões da personalidade humana é a aparência externa de cada um, isto é, o modo como cada qual surge perante seus semelhantes e que faz com que ele seja único e inconfundível. É através dessa imagem que os indivíduos existem para si e para os outros e que faz nascer o que chamaríamos de amor-próprio pela identidade." LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 15.

[440] Efetivamente, "(...) os homens objetivos que se julgam livres de qualquer influência intelectual são, em geral, escravos de algum economista defunto. Os insensatos, que ocupam posições de

Entretanto, somente intensificando nossa atuação crítica sobre a imensidão de informações que processamos diariamente é que poderemos manter uma margem segura de liberdade no contexto social.

Partindo do que compreendemos como melhor, para nós e para o grupo em que vivemos, dentro dos nossos valores e saberes, devemos selecionar as ações que consideramos mais adequadas para nossa convivência social; são essas considerações que conformarão as normas paradigmáticas da atuação na sociedade.

A despeito de tudo isso, numa síntese, a nossa pseudoliberdade nada mais é do que o protagonismo exercitável dentro dos limites espaciais permitidos pelos valores e culturas que nos (in)formam[441].

3.4.3 – Ideologia e neutralização dos valores insertos no discurso persuasivo da dogmática jurídica

Neste ponto defendemos que o Magistrado precisa reconhecer a acentuada relação entre ciência do Direito e ideologia, notadamente porque esta última assume

autoridade, que ouvem vozes no ar, destilam seus arrebatamentos inspirados em algum escriba acadêmico de certos anos atrás. Estou convencido de que a força dos interesses escusos se exagera muito em comparação com a firme penetração das ideias. É natural que elas não atuem de maneira imediata, mas só depois de certo intervalo; isso porque, no domínio da filosofia econômica e política, raros são os homens de mais de vinte e cinco ou trinta anos que são influenciados por teorias novas, de modo que as ideias que os funcionários públicos, os políticos e mesmo os agitadores aplicam aos acontecimentos atuais têm pouca probabilidade de ser as mais recentes. Porém, cedo ou tarde, são as ideias, e não os interesses escusos, que representam um perigo, seja para o bem ou para o mal." KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 379.

[441] No final da década de 60, do século passado, Darcy Ribeiro já alertava que "(...) nada autoriza a supor que tenha limites a flexibilidade até agora revelada pelo homem para ajustar-se às condições mais diversas. E de perguntar-se, porém, se o condicionamento cada vez mais opressivo a ambientes culturais não podem pôr em risco a própria sobrevivência humana. As ameaças que até hoje pesam sobre a humanidade levam a temer que estejamos alcançando esses limites, arriscando ultrapassar a linha faltal, se não forem desenvolvidas formas racionais de controle da vida social, econômica e política que habilitem os povos ao comando científico de todos os fatores capazes de afetar seu equilíbrio emocional e sua sobrevivência sobre a terra. Também esse imperativo de racionalização da vida social e de intervenção no mundo dos valores que motivam a conduta aponta para o socialismo como a mais capaz das formas de prover os sistemas impessoais de controle tornados indispensáveis para fazer os homens mais livres e mais responsáveis no mundo da abundância, estimulando sua capacidade criadora e fazendo da pessoa humana a norma e o fim do processo de humanização." RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**: estudos da antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural (Grandes nomes do pensamento brasileiro). São Paulo: Companhia de Letras: Plurifolha, 2000, p. 186.

relevante papel na neutralização dos valores insertos do discurso persuasivo da dogmática jurídica[442].

Todos os pensamentos tecnológicos e discursos científicos se assentam em bases ideológicas, inclusive no campo do Direito[443].

---

[442] Este tópico foi desenvolvido com as contribuições de Maria Helena Diniz - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228/233 e de FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: Ensaio de Programática da Constituição Normativa. 4ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2009. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que "(...) todo discurso apela ao entendimento de outrem. Nestes termos, discurso é a ação linguística que pode ser aprendida, o que se mede na possibilidade despertada de ser repetida. Além disso, há discursos que não se negam a fundar o que se diz, que não impõem arbitrariamente a sua sustentabilidade, mas que fornecem instrumentos para a sua comprovação. Portanto, discursos não apenas prováveis, mas com-prováveis. Esta comprovação depende do mútuo entendimento das partes que discutem, o que não significa que o caráter racional do discurso seja fruto de uma convenção (convencionalismo) em termos de tudo é racional, desde que as partes consciente ou inconscientemente (relativismo da cultura) estejam de acordo. A racionalidade, ao contrário, não emerge do acordo ou consenso sobre o que se diz, isto é, sobre temas, assuntos, conceitos, princípios, mas do mútuo entendimento sobre as regras que nos permitem falar deles; - a ordem normativa como sistema (...); caráter ideológico dos sistemas (...); a legitimidade dos sistemas normativos (...). Sistema é um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão sentido e coesão ao sistema... Normas são entendidas como discursos, portanto, interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, fixando-se, concomitantemente, a relação entre quem fala e quem ouve. Do ângulo da pragmática, é importante esta concepção do discurso como relação entre orador e ouvinte, enquanto mediados por mensagens. Os discursos normativos constituem um sistema interacional no sentido de que comunicadores normativos estão, ao falar, num processo constante de definição das suas relações, que determinam as suas falas como questões (...) o sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos) (...) os sistemas normativos são sistemas globais e não-somativos. Isto é, são todos coesos, onde a variação numa parte afeta o todo e vice-versa; por isso, eles são não-somativos, isto é, o sistema tem qualidades que não resultam da soma das qualidades das suas partes. Esta qualidade do sistema é sua imperatividade. Isto explica que a validade de uma norma se apoie em outra norma, que a imuniza, até a hipótese de normas-origens que, em si não são válidas nem inválidas (porque são origem e não têm outra norma que as valide), mas que podem ser efetivas ou inefetivas (...) a função seletiva do valor mostra-se, no discurso normativo, como instrumento de controle do comportamento. Trata-se de instrumento persuasório, que visa a um ouvinte reativo que deve ser conquistado. Assim, na sua função seletiva justificadora, o discurso normativo pode expressar (função sintomática) uma informação 'redundante', partindo do pressuposto de que o ouvinte já sabe e quer aquilo que se diz, procurando integrar-se no seu sistema de expectativas, exigindo dele uma concordância com o que já havia concordado, consciente ou inconscientemente (função de sinal) (...) a presença dos valores no discurso normativo, porém, não faz da norma um juízo de valor. Mas também não nos autoriza a ver a norma como axiologicamente neutra. Afirmamos, contudo, que, para exercer sua função de norma, os valores são neutralizados. Neutralização é o processo pelo qual os valores perdem suas características dialógicas, na medida em que se interrompe a sua reflexividade (questão sobre a questão da questão da questão...) (...) No discurso normativo, este processo tem um caráter ideológico. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: Ensaio de Programática da Constituição Normativa. 4ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2009, p. 17/154.

[443] Sobre esta questão sobreleva notar que a semiologia exerce grande papel na elaboração do discurso científico-jurídico, pois se ocupa da análise das cadeias conotativas das significações, isto é, do âmbito ideológico das informações. Segundo Luis Alberto Warat, o enfoque semiológico do sentido comum teórico o apresenta com um conjunto de significações emanadas de práticas institucionais sobre a realidade social, orientadas até um conhecimento científico voltado ao controle social. A semiologia nega qualquer compromisso de saber científico com a verdade absoluta, apresentando-o

Com efeito, a ciência jurídica é um pensamento tecnológico, discursivamente operado, cujo problema central é a decidibilidade.

Além disso, o discurso dogmático do Direito é persuasivo, fundado em interesses, e sua principal forma de manifestação é o valor.

No entanto, os valores contidos nos discursos persuasivos do texto dogmático necessitam ser neutralizados, isto é, devem perder seus caracteres intersubjetivos.

Essa neutralização se dá pela ideologia, que, por ser conceito axiológico, projeta-se sobre os valores, com o propósito de selecioná-los.

Nesse caso, atuando como processo de neutralização das relevâncias valorativas possíveis, a ideologia avalia as próprias valorações e estabiliza as tensões, ora justificando sua função modificadora, ora modificando sua função justificadora.

Isso é possível porque a ideologia representa um sistema de valorações encobertas. Essa aparência se dá toda vez que utiliza fórmulas valorativas no lugar de fórmulas neutras, e mesmo quando esconde a presença do emissor de uma valoração, utilizando expressões abertas e vazias, fornecendo-nos a impressão de tratar-se de situações objetivas existentes na sociedade.

Por esta operação, as variabilidades axiológicas, emergentes do plano social, são colocadas harmonicamente em convívio no espectro público, e passam a ser legitimamente utilizadas para as discussões ideológicas.

A despeito do que assinalamos, a questão da ideologia é ponto importante no momento histórico em que vivemos.

Não obstante E. Hobsbawn, principalmente em *A Era dos Extremos*, defina o século XX de a Primeira Guerra Mundial até a "vitória da Democracia Liberal", com a queda do muro de Berlin, não podemos aceitar, inclusive do ponto de vista sensível, uma amputação do curso histórico das ideologias.

Mesmo com o "fim da história", como nos sugeriu F. Fukuyama, e superada a tensão, dialética e bipolarizada, da guerra fria, por mais que busquemos inspirações na melancolia, os contrastes ideológicos continuaram, e continuam, existindo.

---

como discurso da situação, propondo uma concepção diferente do que é a ciência jurídica e uma recuperação ideológica do saber científico-jurídico. A semiologia ocupa-se da análise do papel desempenhado pelos fatores extranormativos na produção das significações jurídicas e dos efeitos de retorno à sociedade destas significações. Sobre o tema, indicamos a leitura da seguinte obra: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia do ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Dizer que, depois da “vitória” do liberalismo, a partir da “perestroika”, e da queda do “muro de Berlin”, não existem mais ideologias, é exceder-se na ingenuidade sobre a natureza humana.

Se com o fim da guerra fria vimos a vitória do capitalismo liberal, isto não que dizer que todas as outras ideologias soçobraram com as ruínas do “muro”[444].

Além do mais, pelo que defendemos nesta tese, embora seja mais “popular”, o capitalismo liberal não é a única opção ideológica aceita e defendida entre nós.

O próprio Fukuyama, em escritos mais recentes, reconhece que nem todas as questões estariam encerradas com o fim da guerra fria.

Em verdade, o que lhe parecera o fim da história, não era, senão, mais uma de suas sinuosas e inacabáveis curvas[445].

Superadas estas questões, seguiremos ao apreço da compreensão cultural e historicamente situada do Direito.

3.4.4 – Compreensão cultural e historicamente situada do Direito

No decurso deste tópico sustentamos que o Magistrado precisa saber que a sociedade e o Direito são produtos culturais e que devem ser compreendidos a partir do contexto histórico do intérprete[446].

---

[444] A propósito dessa questão, é simbólico o trecho do discurso de Castello Branco, por ocasião da homenagem recebida pelas classes produtoras do Ceará, em Fortaleza, no dia 23 de junho de 1964. Castello Branco disse: “Não há duvida de que caminhamos rapidamente para a democratização das empresas, fenômeno por alguns denominado de neocapitalismo ou capitalismo democrático. E, em que pesem as transformações por que devera passar quando transplantado para o nosso meio, não é temerário adiantar que conservará os traços fundamentais. Dentre estes poderíamos assinalar a larga difusão da empresa ente os acionistas; uma ativa concorrência entre as empresas, nos preços, na qualidade, no serviço, (...) ações do governo na organização e controle das organizações através de medidas que suplementem a empresa privada, sem, contudo, as substituir. Tudo, enfim, a implicar num sistema de crescentes relações entre o Governo e o setor privado, não com o objetivo de esmagar ou enfraquecer, mas de o fortalecer, dentro de bases mais condizentes com uma verdadeira democracia. Será esse, certamente, o meio de possibilitar a convivência do controle social do Estado com a liberdade individual, que consideramos bem ou dádiva inalienável.” BRANCO, Humberto de Alencar Castello. **Discursos proferidos no período de 11 de abri a 31 de dezembro de 1964**. Departamento de imprensa nacional, 1964, p. 169.

[445] Se devemos, ou não, revisitar as curvas passadas, ou se devemos seguir adiante, é escolha que só cabe a nós mesmos. Acreditamos que tudo que sabemos e vemos é produto da causalidade, que tudo está na condição de causa ou de efeito, que tudo é originado ou originário de algo. Por pensar assim, também acreditamos que somos capazes de gerir e controlar o mundo e a nós mesmos, a partir da manipulação voluntária dessas causas e efeitos. Parece simples, lógico, mas não é. Desde que o homem é consciente de si, por mais cético e descrente que seja, ele se questiona se é isso mesmo, se as coisas são causa e efeito umas das outras, se podemos interferir nessa relação e, principalmente, se há uma causa de todas as causas. Já dizia o filósofo (Nietzsche, por Zaratustra) e o poeta (Shakespeare, por Hamlet), feliz é aquele que conhece a causa de todas as causas; pois há muito mais coisas entre o céu e a terra do que soa a nossa vã filosofia.

3.4.4.1 – Compreensão cultural do Direito

A princípio, é preciso deixar claro que Direitos e deveres são categorias essencialmente referenciadas em valores. Desde quando buscávamos a "justiça" nos deuses, ou mesmo após assumirmos a tarefa de dizermos o que é o justo, os valores sempre estiveram entranhados nas pautas do jurídico[447].

Além disso, por mais contrariados que fiquem os positivistas, o Direito está, antes de tudo, a serviço da sociedade[448], vale dizer, a razão essencial do Direito é organizar a sociedade e permitir a convivência pacífica e harmoniosa de seus membros[449].

Do mesmo modo, sem sociedade não careceríamos do Direito; este perderia sua razão de ser, caso não fosse efetivamente operado no plano da sociedade; nesse caso teria *status* de mera idealidade decorativa.

É de se notar, ademais, que a sociedade, e a própria ideia de Estado, são (en)formados e (in)formados por sua cultura. Aliás, é pela cultura que se opera o incessante metamorfoseamento ético e estético de uma dada sociedade[450].

---

[446] Pontes de Miranda chegara ao ponto de dizer que o conhecimento sociológico era indispensável ao conhecimento do Direito, e que na porta de todas as academias jurídicas deveria haver uma placa com a seguinte advertência: Aqui não entra quem não for sociólogo.

[447] Aspecto relevantíssimo, ainda discutindo o problema do valor, está na importância de considerar os aspectos axiológicos da norma. Esta advertência serve não apenas para suscitar a importância da adaptação da norma no tempo, mas, sobretudo, para evitar abusos. Muitas violações à dignidade humana foram cometidas, justamente, sob o argumento positivista de neutralidade axiológica da norma. Lamentavelmente, tivemos de experimentar o desajuste racional do Holocausto para compreender que a racionalidade, axiologicamente indiferente, pretendida pelo positivismo jurídico não passaria de uma tolice.

[448] A busca pela legitimação do direito, a partir da sua aplicação, é paradigma constitucional, vale dizer, a efetividade do direito, deveras discutida entre os pensadores do realismo jurídico durante a primeira metade do século passado, tanto na Escandinávia, como nos Estados Unidos da América, é uma noção que está essencialmente vinculada ao nosso modelo de Estado Democrático.

[449] Segundo Pontes de Miranda, o objeto da ciência positiva do direito estaria na sistematização de todos os conhecimentos positivos das relações sociais.

[450] Assim como não existe história, mas sim história(s), as culturas também são várias; cada coletividade e o seu modo de pensar, compreender, fazer, criar, e viver forma uma dada cultura. Além disso, quando falamos em consciente coletivo, referimo-nos a um produto unitário composto por uma pluralidade de fragmentos, que se ligam a partir dos demais. Esses fragmentos são variados valores que, por sua vez, são interligados, quase sempre, também por elementos valorativos (como afeto, admiração, respeito...). São esses vínculos, que Espinosa chamaria de 'conatos', que formam uma verdadeira unidade plural de valores, ideias e crenças, conformando a cultura de uma dada sociedade. Baumann, por exemplo, sustenta que, embora a liberdade só possa ser vivida individualmente, ela só pode ser garantida no plano da coletividade. São oportunas, neste caso, as considerações de Zygmunt Baumann. O autor diz que "(...) a Sociologia constata que os indivíduos, a despeito da liberdade para autodeterminar suas próprias condutas de acordo com sua vontade, apresentam um padrão de comportamento social previsível, regular, e que segue determinados padrões. Destarte, é possível destacar a influência do corpo social como pressão externa que estabelece os limites da vontade individual. A partir daí é possível dividir essas pressões

Assim, por estar essencialmente ligado ao fato social reclamamos uma contemplação cultural, axiologicamente contextualizada e plural do fenômeno jurídico[451].

Advertimos que não defendemos uma posição radical.

Se, por um lado, rejeitamos a assunção radical do Positivismo Jurídico[452] kelseniano, por outro, não pretendemos um Direito visto dos olhos do Positivismo Sociológico[453], conforme sugeria-nos Pontes de Miranda, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua.

Sustentamos que o fenômeno jurídico, embora num plano autônomo e singular, está essencialmente atrelado aos fatos sociais, ou seja, o Direito encontra sua efetividade no contexto cultural concreto da sociedade; justamente por isso deve ser compreendido conforme o seu momento histórico[454].

---

extraindividuais em duas categorias. As 'coações externas', uma resistência quase física e tangível que segrega atos praticáveis de atos irrealizáveis, e as forças reguladoras, que são interiorizadas pelo indivíduo." BAUMAN, Zygmunt. **A liberdade**. Tradução M. F. Gonçalvez de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1989, p. 12/16.

[451] Por ser produto cultural, o direito está essencialmente ligado aos aspectos fenomenológicos do plano social. Desde Kant e seu recorte epistemológico entre o ser e o 'dever-ser', o valor, como uma idealidade, ao lado da realidade, passa a assumir importância central na pauta do direito. Se de um lado há a realidade do ser, de outro, há a idealidade do 'dever-ser', essencialmente composta pelo valor. É justamente entre o ser (real) e o valor (ideal) que os pensadores da Escola de Baden colocariam a cultura. Esta seria uma espécie de elo, que ligaria o plano real, da sociedade, ao plano ideal, dos valores sociais. Este modo de ver e compreender o mundo, não obstante suas variações teóricas, denominar-se-ia culturalismo. A nota cultural do direito, já denunciada pela Escola de Baden, com E. Lask e G. Radbruch, ganharia reforço no Brasil, principalmente, a partir dos estudos de Miguel Reale e Meireles Teixeira.

[452] Para Bobbio, "(...) a interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos." BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ìcone, 1995, p. 213.

[453] Ou Sociologismo, de A. Comte, E. Durkhein, L. Duguit, Gorvitch, e outros.

[454] Nessa perspectiva, merecem destaque as contribuições do Construtivismo lógico-semântico, a partir dos estudos de Lourival Vilanova e de Paulo de Barros Carvalho. Influenciado tanto pelo normativismo positivista quanto pelo culturalismo, o construtivismo lógico-semântico, a partir do giro-linguístico, apresenta uma proposta analítica do direito através da semiótica e da teoria dos valores. A contemplação do jurídico dá-se pela operação da linguagem, axiologicamente compreendida. Jungidas essas categorias, poderíamos encontrar, segundo aqueles pensadores, elementos homogêneos e comuns a toda fenomenologia jurídica para, então, construirmos um modelo de Teoria Geral do Direito. A importância desta abertura normativa ocuparia intensamente as pautas dos debates jurídicos, embora mais restrita ao direito civil, com a entrada em vigor do atual Código Civil, acentuadamente influenciado pelo tridimensionalismo de Reale. Movimentos como a Escola do Constitucionalismo Moderno, de Luís Roberto Barroso, ou do Direito Civil Constitucional, dentre outras produções aproximam-se destas ideias.

3.4.4.2 – Operação historicamente situada do Direito

No âmbito jurídico, reconhecer que o homem está inserto num curso cronológico é fator determinante para uma compreensão precisa dos avanços, retrocessos, feitos e desfeitos, operados em seu meio[455].

Se considerarmos, como apontou Hegel, que a história está na própria essência da razão, temos de assumir sua importância, não somente na busca pelo conhecimento, mas, sobretudo, como orientação ao protagonismo social[456].

[455] Como bem colocou Merello, aliás, "(...) a historicidade é um atributo essencial ao direito, pois chamado este a regular a conduta do homem em relação com os seus semelhantes ele contribui para o desenvolvimento da sociedade, regulando o seu progresso. O direito que hoje vige como outras entidades na sociedade atual constitui também uma categoria histórica, cuja vida não se esgota plenamente em algo concluído e inevitável. Por exemplo, a circunstância de que o direito se expresse hoje, monopolicamente, por meio da lei proveniente de órgãos políticos, é uma contingência histórica, de nenhuma maneira universal e permanente." MERELLO, Italo. **Historia del Derecho**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2012, p. 12-16. Pelo cotejo histórico podemos capturar dados deixados no percurso da humanidade (pelos vestígios deixados nas coisas, pela tradição linguística falada etc.) para, a partir de uma crítica, concebermos planos de atuação para o presente e o futuro (isso se sopesarmos que o tempo é passível de planificação retalhada em passado ou futuro); Nesse panorama, Heidegger assinalará, inclusive, que "(...) a universalidade do conceito de 'ser' não contradiz a 'especialidade' da investigação, qual seja, a de encaminhar-se, seguindo a interpretação especial de um ente determinado, a 'pre-sença'. É na 'pre-sença' que se há de encontrar o horizonte para a compreensão e possível interpretação do ser. Em si mesma, porém, 'a pre-sença' é 'histórica', de maneira que o esclarecimento ontológico próprio deste ente torna-se sempre e necessariamente uma interpretação 'referida a fatos históricos'." HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, Parte I, p. 70.

[456] Contudo, tinha razão os pensadores da Escola de Frankfurt, quando sustentaram que as modificações da história operar-se-iam não apenas pela razão, como nos ensinara Hegel, mas, sobretudo a partir das condições sociais. Embora os grandes nomes da teoria crítica, como Adorno, Marcuse e Horkheimer, não negassem as premissas históricas do hegelianismo, eles apontariam que o metamorfoseamento histórico seria produto das condições políticas, econômicas e sociais de um determinado grupo de sujeitos. Os pensadores da Teoria Crítica, além de sustentarem que a razão seria modificada a partir das tensões sociais, apontarão para duas categorias de razão. A razão instrumental, ou técnico-científica, seria a utilizada para a dominação e exploração do homem. Já a razão crítica ou razão filosófica é aquela que pode nos conduzir à liberdade, pois revela os conflitos e contradições da sociedade. De fato, essa linha de pensamento, notadamente marcada pelos ideais marxistas, coloca uma nova dimensão à contemplação cognitiva do nosso plano fenomenológico. Assim, temos de reconhecer, sem abandonar as colocações de Hegel sobre a dialética não permanente do curso histórico, que as tensões de ordem social, política e econômica, também produzem fatores determinantes à alteração da própria historicidade da razão. As tensões políticas, sociais, jurídicas e econômicas, diuturnamente deflagradas no campo fenomenológico, promovem modificações não só no nosso modo de agir, mas, inclusive, no nosso modo de operar a razão na busca de novos conhecimentos.

Superando a atemporalidade estática das estruturas purificadas da razão kantiana, Hegel nos mostraria que tudo não passa de uma obra histórica e dialética da razão[457]. Para esse pensador, a razão não pode ser sujeito ou objeto, ela, simplesmente, "é"[458].

Embora dialética, por serem históricas, as sínteses da razão são sempre não permanentes[459].

Como num curso espiralado, as teses, antíteses e sínteses da moldura silogística revezam-se incessantemente: o que hoje é síntese, amanha torna-se tese

[457] A propósito, para Hegel, "(...) a mudança histórica vista sucintamente há muito foi entendida de maneira geral como envolvendo um avanço em direção ao melhor, ao mais perfeito. As mudanças que ocorrem na natureza, por mais infinitamente variadas que sejam, mostram apenas um ciclo de repetição constante. Na natureza nada de novo acontece sob o sol, a ação multiforme de seus produtos leva ao aborrecimento. O mesmíssimo caráter permanente reaparece de maneira continuada e toda a mudança reverte a ele. Somente as mudanças no reino do Espírito criam o novo. Esta característica do Espírito nos permitiu afirmar que no homem há um aspecto totalmente diferente da característica da natureza: um desejo voltado para o aperfeiçoamento. Este princípio que se modifica sob as leis foi muito mal recebido por religiões como a católica e também por Estados que desejam que o seu direito verdadeiro seja algo estático ou, no mínimo, estável. Quando por princípio é reconhecida a mutabilidade das coisas leigas, como os Estados, é excluída a religião como religião da verdade." HEGEL, Goerg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**: uma introdução geral à filosofa da história. Tradução Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. 105.

[458] Não obstante seu reconhecimento no campo da filosofia, as críticas de Schopenhauer à filosofia de Hegel são severas. De acordo com Schopenhauer, "(...) do apogeu de Kant, seguiu-se imediatamente na filosofia alemã um período em que os filósofos se esforçaram para impressionar em vez de convencer; em vez de serem precisos e claros, tentaram ser brilhantes e hiperbólicos, mas sobretudo incompreensíveis; e chegaram a pondo de fazer intrigas em vez de buscar a verdade (...) finalmente toda essa escola e sua método entraram em falência. Pois, em Hegel e seus companheiros o atrevimento das escrivinhações de disparates, de um lado, e a dos panegíricos sem escrúpulos, de outro, além da premeditação evidente de toda essa intriga, atingiram dimensões tão colossais que, por fim, todos tiveram de abrir os olhos para o charlatanismo (...) essa filosofice, que é mais miserável de todas as outras de todas as existentes arrastou consigo ao abismo do descredito seus antecedentes Fichte e Scheling. Estes brilham como herói desse período, mas também o charlatão grosseiro e vulgar chamado Hegel (...) Hegel, destruidor de papel, de tempo e de mentes, charlatão repugnante, estupido e escrevinhador de dispartes sem igual (...) Enquanto outros sofistas, charlatões e obscurantistas falsificaram e arruinaram apenas o conhecimento, Hegel destruiu até mesmo o órgão do conhecimento, a própria inteligência." SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de insultar**. Tradução: Karina Jannini (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9/65.

[459] Convém atentar para o fato de que "(...) a história das ciências não poderia ser uma história empírica. Não poderia ser descrita na dispersão dos fatos, dado que é essencialmente, nas suas formas elevadas, a história do progresso das ligações racionais do saber. Na história das ciências – para além do elo de causa–efeito – estabelece-se um elo de razão–consequência. Ela está, pois, de certa maneira, duplamente relacionada. Tem de se abrir cada vez mais às organizações racionais. Quanto mais nos queixarmos do nosso século, mais sentimos que os valores racionais conduzem à ciência. E, se considerarmos algumas das modernas descobertas, vemos que, no espaço de alguns lustres, elas passam da fase empírica à organização racional. E é assim que, de uma forma acelerada, a história recente reproduz o mesmo acesso à racionalidade que o processo de progresso que se desenvolve devagar na história mais antiga." BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Tradução Fátima Lourenço Godinho et al. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 213.

ou antítese, para depois produzir nova síntese, que tornar-se-á, novamente, teses e antíteses, num infindável curso de idas e vindas[460].

Assim, dentro do inconstante espiral dialético da história, nada "é", definitivamente, pois tudo "está", à espera da mudança. Nessa caminhada histórica, superamos nossos desafios através do apanhamento de saberes parciais, já produzidos, para buscar o (re)conhecimento de nossa verdade.

Esta verdade, contemporânea, embora também seja parcial, é a única que realmente nos pertente (é uma verdade sincrônica ao sujeito no tempo)[461].

Por isso, se quisermos uma atitude racionalmente adequada, seja no campo da sociedade, como um todo, seja no estrito plano do Direito, nosso protagonismo tem de fundamentar-se com dados historicamente situados em nosso tempo[462].

Ainda que o século XX tenha nos revelado que a história é, ao contrário do que se pensava, descontínua, a contemplação histórica da trajetória do homem permite-nos municiarmo-nos de dados que, bem utilizados, podem orientar o nosso agir, ou seja, a história pode ser um bom roteiro para que possamos nos inspirar na direção da ação, superar as nossas dificuldades, e tracejar projetos[463].

---

[460] Um comportamento investigativo situado no seu tempo pode render melhores frutos ao observador. Isso porque todo ser (físico ou ideal) rebela-se à inercia; a existência é uma constante transformação, nunca nos banhamos no mesmo rio, já dizia Heráclito de Éfeso, seja porque o rio não será o mesmo, seja porque nós é que já não seremos os mesmos (em verdade nós e o rio já não seremos mais o que éramos, nem somos o que viremos a ser). Ademais, o homem é, em si mesmo, a caricatura da impermanência, como um caleidoscópio, que a cada pequeno sacolejo da vida, se transforma em algo totalmente diverso do que fora há um segundo.

[461] Além disso, a compreensão histórica da atualidade justifica-se pelo fato de que as alterações experimentadas pelo sujeito que observa, somadas às constantes mudanças do objeto observado, certamente, a cada nova perscrutação, oferece-nos um quadro singular, bem distinto do anteriormente revelado, e, possivelmente, bem distinto do que futuramente revelar-se-á.

[462] Sobre o protagonismo historicamente situado do Magistrado, chamamos a atenção para a necessidade de recusa às pré-compreensões ou preconceitos. De acordo com nosso entendimento, as explicações e respostas surgidas no campo do direito devem ser obtidas individualmente, ou seja, cada manifestação fenomenológica deve receber atenção isolada do Magistrado. A recusa do agir por dados apriorísticos convida o filósofo a se debruçar sobre cada um dos casos concretos (ou ideais) que lhes assomem aos sentidos. Reconhece-se que a investigação tópica é mais segura, não apenas pela diversidade do ser, mas, principalmente, pela contínua mudança que sofrem. No que se refere à tópica e à filosofia do direito, como investigação básica, recomendamos a seguinte leitura: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofia del derecho**. Tradução do alemão por Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997, p. 29.

[463] Nesse caso, é preciso reconhecer que, como nos advertiu Marilena Chauí, "(...) a história não é sucessão de fatos no tempo, não é progresso das ideias, mas o modo como homens determinados em condições determinadas criam os meios e as formas de sua existência social, reproduzem ou transformam essa existência social que é econômica, política e cultural. A história é práxis (no grego, práxis significa um modo de agir no qual o agente, sua ação e o produto de sua ação são termos intrinsecamente ligados e dependentes uns dos outros, não sendo possível separá-los). Nesta perspectiva, a história é o real e o real é o movimento incessante pelo qual os homens, em condições que nem sempre foram escolhidas por eles, instauram um modo de sociabilidade e procuram fixá-lo em instituições determinadas (família, condições de trabalho, relações políticas, instituições

Assim, sugerimos que o Magistrado exerça sua atividade consciente do curso histórico, atencioso ao passado[464], presente[465] e futuro[466].

Pensamos que, olhando para o passado, além de encontrarmos inspiração para a projeção de nosso futuro, também poderemos evitar que os erros se repitam. Neste último caso, vale dizer, conhecer os erros do passado é a melhor forma de

religiosas, tipos de educação, formas de arte, transmissão dos costumes, língua etc.)." CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 42ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 8/9.

[464] Salientamos que, na busca de nossa identidade, é pela memória que evocamos nosso passado e tentamos encontrar as raízes da árvore em que estamos. Assim como fizera Prost, em busca do seu tempo perdido, todos nós evocamos, ou ao menos deveríamos fazê-lo, o nosso passado, para tentarmos nos (re)conhecer em nosso tempo. A memória que os homens carregam consigo é uma das ferramentas utilizadas para este (re)conhecimento de nós mesmos. Aliás, desde os antigos, a memória é um tema que instiga o ser humano. Como nos ensina o Prof. Junito de Souza Brandão, da Universidade de São Paulo, para os gregos, a memória era uma entidade, a Deusa *mnemosyne*, mãe das musas protetoras da história e das artes. Pela lenda grega de Simônides de Céos, podemos compreender bem o papel que a memória assumia para os gregos. Convidado para homenagear o rei de Céos com a leitura de um poema, Simônides nos demonstraria a relevância da memória para a vida dos homens. Ao construir o poema ele o dividiu em duas partes: na primeira homenagearia o rei; na segunda, renderia homenagens para os deuses Castor e Pólux. Concluído o trabalho, o rei disse que só pagaria metade do valor acordado, já que o poema não fora integralmente destinado para ele. A outra metade, disse o rei, deveria ser cobrada dos deuses Castor e Pólux. Logo que deixou o castelo, para atender a um chamado, Simônides viu o castelo desabar sobre todos que estavam dentro dele, inclusive o rei. Como os mortos não podiam ser identificados pelos familiares e amigos foi a memória de Simônides que orientou a identificação dos corpos, de acordo com as posições que ocupavam na mesa do banquete. Por esta lenda que em diversas de suas obras Agostinho refere-se aos palácios da memória. Por isso que Agostinho fala sempre em palácios da memória (castelo).

[465] O protagonismo historicamente referenciado no presente, que defendemos, é claro, não se escora nos excessos estruturalistas de Foucault, Delleuze e Derrida. Embora reconheçamos alguns pontos relevantes do Estruturalismo, como as fragmentações cronológicas entre passado, presente e futuro, bem como o reconhecimento de um racionalismo histórico, não comungamos com a negação de perspectiva evolutiva e cumulativa da razão histórica. Ao negar radicalmente o curso progressivo, cumulativo e contínuo da história e da razão, afirmando que a operação histórica da razão é salteada e descontínua, os estruturalistas acabam desprezando a importância de operar o pretérito e projetar-se ao futuro. No campo da história do pensamento epistemológico, por exemplo, Thomas Kuhn defende que as ciências não são continuamente desenvolvidas, mas também operam por saltos revolucionários, criando sempre novos modelos, ou paradigmas. É a crise desses paradigmas e modelos que conduz à superação e a modificação da ciência. Interessante é o fato que, para o pensador americano, nem sempre essa mudança representa progresso. Nesta tese, sugerimos um protagonismo preponderantemente voltado ao presente, principalmente pelo fato de sustentarmos a necessidade de (re)descobrir nossas verdades e valores de agora, do hoje. Contudo, não negamos, e por isso mesmo falamos em (re)descobrir, que os saberes e conhecimentos já produzidos no passado fazem parte da nossa razão e devem ser cotejados por ela, na operação do presente. Nesse aspecto, alguns vão sustentar a assunção das bases pós-estruturalistas e dirão, até, que "(...) adicionado ao espírito do Iluminismo, o pós-estruturalismo é a mais poderosa resistência à ignorância e o criador do pensamento libertador disponível hoje." WILLIAMS, James. **Pós-Estruturalismo**. Tradução Caio Liudvig. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 232.

[466] Poderíamos pensar que olhar adiante é que nos faz seguir em frente, que, projetando-se no futuro, é que poderemos nos tornar melhores. Mas a contemplação do devir, seja com os olhos esperançosos das utopias de Morus, seja com olhos pessimistas das distopias de Huxley, nos arrebata do presente, e captura toda lucidez que precisaríamos para compreender e agir no mundo em que vivemos. Não digo que sonhar seja um equívoco – aliás, já diziam nossos enredos carnavalescos que sonhar não custa nada -, porém, do mesmo modo que sonho é um lenitivo ao espírito, também é um modo, ainda que interino, de morrer; e na morte, nada somos, nada fazemos, nada mudamos.

evitar que se repitam no futuro[467]. E, ainda que por insolência, ou mesmo por estupidez, eles se repitam, ao menos não poderemos dizer que não os conhecíamos.

No entanto, para operar as mudanças tão reclamadas pelas já cansadas vozes no nosso mundo hodierno - fatigado de tantos erros repetidos, de tantas barbaridades gratuitas -, além de nos conscientizarmos do curso histórico, temos de assumir uma postura crítica[468], acentuadamente voltada ao nosso presente[469].

Nesta tese, portanto, reclamamos uma postura crítica e seletiva da perspectiva histórica, ao contrário da contemplação passiva e descritiva, benevolente e ingênua[470].

A nossa defesa se sustenta, inclusive, pelo fato de que a concepção acrítica de progresso (ou de ordem e progresso sugerida pelo positivismo de Comte), descritiva e axiologicamente neutra, ainda que fosse possível (hoje sabemos que não há um progresso de uma história universal e que cada civilização tem a sua história), seria absolutamente inadequada, para não dizer equivocada e inútil[471].

---

[467] Concordamos com Rorty, quando ressalta que "(...) a melhor resposta para uma pergunta sobre quem alguém realmente é, é uma história sobre o seu passado que ajuda a explicar a sua conduta recente. A resposta mais útil a perguntas sobre um conceito é contar uma história sobre as maneiras pelas quais os usos de um certo aglomerado de palavras foram modificados no passado, como um prelúdio para a descrição das diferentes maneiras em que essas palavras estão atualmente sendo utilizadas. A claridade que é alcançada quando essas diferentes maneiras são distinguidas umas das outras, e quando cada uma delas é tornada inteligível ao ser colocada em uma narrativa da utilização passada, é análoga à simpatia crescente que sentimos pela situação de uma pessoa cuja história de vida nos foi contada." RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 300. Não negamos, de outro turno, que, embora devamos atuar, prioritariamente, ao presente, devemos fazer juízos prognósticos sobre os efeitos das nossas ações, como critérios de orientação. Ademais, a perspectiva futurística, também será relevante para que possamos tracejar pautas de prioridades e percursos a serem seguidos.

[468] Ao nos referirmos à atitude crítica e seletiva diante do curso histórico, insistimos, devemos não apenas fitar os avanços, mas, sobretudo, denunciar os equívocos e retrocessos; como dito, para que não se repitam.

[469] Fitar o futuro, sim, sem dúvida, mas não antes de termos nos projetado detidamente sobre o nosso presente, conscientes do nosso passado.

[470] Republicamos o convite para a ação crítica. A aceitação do convite para uma crítica contundente da descrição positiva do curso histórico, seja na política, no direito, na economia etc., é o primeiro passo para buscarmos uma (re)adequação do nosso agir "no" mundo, "com" o homens.

[471] Sobre o desenvolvimento retilíneo da história, que tem como fim o Juízo universal, cumpre apontar, por exemplo, que "(...) os gregos não tiveram um sentido preciso da história. O seu pensamento é substancialmente a-histórico. A ideia de progresso não lhes foi familiar ou só o foi em escala reduzida. Aristóteles falou de catástrofes recorrentes, que levam continuamente a humanidade ao estágio primitivo, ao que se segue uma evolução, que leva novamente a humanidade a um estágio de civilização avançada, que atinge o ponto atingido pela anterior, ao que se segue nova catástrofe e assim por diante, ao infinito. Os estoicos introduziram a teoria da destruição cíclica não só da civilização sobre a terra, mas também do cosmo inteiro, que, depois, se reforma ciclicamente, da mesma forma que antes, até nos pormenores mais insignificantes. Em suma, repete-se tal qual no passado, ao infinito. E isso, examinando-se bem, é a negação do progresso." REALE, Giovanni e

Além disso, acreditamos que o curso histórico não é uno, tampouco progressivo. De um lado, não é uno, pois a narrativa histórica[472] é construída a partir da contemplação de contexto singular, ou seja, refere-se à dada *civilização, (en)formada* em sua própria cultura[473].

Por outro lado, os cursos históricos, ao contrário do que poderia se pensar, não são progressivos (não marcham para adiante), vão e voltam numa constante oscilação ascendente e descendente, como num espiral (com Hegel passamos a poder perceber o espiral dialético da história)[474].

Além disso, não há dúvida de que o discurso da história como progresso é artifício de legitimação do passado.

Tomar história por progresso, e supor que tudo fora avanço, crescimento e melhoria, é, sub-repticiamente, utilizar uma retórica vazia, menos para descrever o pretérito que para lançar sombras sobre seus tropeços e terrores.

Assim, esse discurso progressista, composto por retórica dissimulada e otimista (de que tudo melhorou, ou de que tudo alcançou uma melhora) passou para o melhor, não se retém no campo das políticas. Vai além, e alcança as ciências, as artes, e todos os espectros em que o homem opera sobre o mundo sensível[475].

ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 2: Patrística e Escolástica. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2003, p. 21.

[472] A propósito, conforme destacou Gregório Robles, "(...) o direito é a razão histórica institucionalizada e verbalizada em textos. A teoria comunicacional do direito pode apenas reivindicar a reflexão sobre o sentido das instituições como uma de suas partes essenciais, já que é nas instituições jurídicas que se condensam de maneira mais formalizada os processos sociais de comunicação. Perder de vista este enfoque é renunciar a toda a filosofia do direito." ROBLES, Gregório. **O Direito como Texto**: Quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 200, p. 11.

[473] Assim, cada civilização e seu contexto cultural oferecem a imagem de um único curso histórico, vale dizer, cada civilização e cada cultura têm (ou ao menos deveria ter) sua própria narrativa histórica sincronicamente (no mesmo tempo) veiculada aos seus modos de ser e fazer. Logo, teremos tantas narrativas históricas quantas forem as culturas e civilizações do mundo. Neste contexto, merece destaque o seguinte trecho da obra de Shakespeare: "(...) Lear - Ato III – Cena IV – (...) estarias melhor na sepultura do que expondo o teu corpo nu a tais extremos do céu. O homem é apenas isto? Observem-no bem. Não deve a seda ao verme, o pelo ao animal, a lã à ovelha, nem seu odor ao almiscareiro. Ah! aqui estamos nós três, tal adulterados. Tu não, tu és a própria coisa. O homem, sem os artifícios da civilização, é só um pobre animal como tu, nu e bifurcado. (começa a despir-se). Fora, fora com estes trapos emprestados." SHAKESPEARE, William. **Rei Lear**. Tradução. Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 79.

[474] Mais em círculos que em linhas, mais por curvas que por retas, a história caminha, numa incessante silogística, onde as sínteses voltam a ocupar lugares de premissas, e as premissas de agora emergem como sínteses. Essa dialética da história permite compreender que progresso e retrocesso fazem parte da caminhada da humanidade.

[475] Dizer que a história é narrada pelos vencedores é o bastante para pensarmos sobre a sua neutralidade descritiva.

A questão que ora se coloca também foi tratada no âmbito da epistemologia jurídica, principalmente pelos estudos de Savigny, pela escola historicista. Advinda da reação às ideologias burguesas e às pretensões excessivamente racionais da escola exegética francesa, essa escola apresentava o costume como uma categoria adequadamente eficiente na operação do Direito.

Aliás, tomando o Direito como produto da história da sociedade, o pensamento historicista de Savigny*,* ao mesmo tempo em que negava o inatismo das escolas jusnaturalistas, afastava-se da neutralidade axiológica idealizada no empirismo da escola exegética[476].

Embora não possamos admitir uma tomada de referência normativa exclusivamente consuetudinária, é extremamente adequada, no campo do Direito, uma postura operacional que leve em conta a perspectiva histórica do Direito[477].

Se considerarmos os valores da sociedade, e sua constante impermanência, o reconhecimento do curso histórico do Direito se faz mais coerente ainda.

Ademais, no modelo de democracia representativa como o nosso, em que a maioria da produção normativa radica-se no Poder Legislativo, por meio de representantes do povo, reiteradamente substituídos, é pela tomada histórica do Direito que poderemos promover, de forma legítima, a readequação axiológica das normas ao momento histórico da sua aplicação.

É oportuno destacar a identificação de nossa tese com os pensamentos de Häberle. Dessa forma, de acordo com *A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*, de Peter Häberle, temos de reconhecer a Constituição como fato cultural e processo de construção com participação popular. Bernardo Gonçalves

---

[476] Bem se vê que, "(...) num sentido ontológico, é o direito construído por opções não-neutras que preenchem o arcabouço levantado pela descrição. Paradoxalmente, ainda que fujam à dimensão ontológico-descritiva, sem essas opções não se completa a realidade jurídica. A ética e o direito que nela se insere consistem precisamente na escolha entre duas ou mais alternativas igualmente possíveis e mutuamente excludentes, na fixação de critérios para dirimir conflitos que em geral já ocorreram e provavelmente voltarão a ocorrer." ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 213.

[477] J.J. Calmon de Passos, por ocasião de comentários sobre a questão, na PUC-SP, ponderou o seguinte: "(...) me recuso a falar do direito sem partir do devido processo constitucional de produção do direito. Não há um modo universal e a-histórico de produção do direito. Ele é produzido sempre na dependência do que se oferece aos produtores do direito em termos políticos e econômicos, ou seja, na moldura da dominação institucionalizada e na contingência dos bens materiais disponíveis para atendimento das necessidades coletivas (...) essa rica dimensão do saber jurídico, hoje, está escamoteada, substituída por um discurso vazio, retórico, metafísico, historicamente descomprometido, socialmente alienante e privilegiador de alguns estamentos da sociedade que lograram, à custa desse discurso despistador, de situações privilegiadas (...)."

Fernandes assinala que o Estado Democrático de Direito reclama uma nova tônica como paradigma constitucional, para além das paredes dos tribunais. Ele se assume como referencial teórico para pensar uma sociedade pluralista e hipercomplexa, dotada em seu interior de diversos projetos de vida. Para isso se exige uma sociedade aberta de intérpretes, em que cada sujeito é destinatário da norma constitucional e seu intérprete, em constante processo de construção de sentido. A interpretação constitucional não deve ser exclusiva das atividades estatais, mas deve ser operada pela própria sociedade civil. O Juiz, apesar de intérprete oficial, tem sempre que ter em mente que sua interpretação deve encontrar, na medida do possível, correspondência com os demais intérpretes situados na sociedade aberta, o que exigirá do Magistrado uma mudança metodológica e de postura, levando-se em conta a posição e os argumentos dos sujeitos envolvidos. A Constituição é aberta e carente de interpretação, a qual deve se dar em uma discussão pública. Häberle concebe a Constituição aberta em uma sociedade aberta, considerando-a como um processo cultural, no qual há uma tensão entre o passado e o futuro que se reproduz cotidianamente no contexto social de um povo concreto[478].

Em contribuição ao que defendemos, José Adércio Leite Sampaio esclarecerá que a Constituição, para Häberle, não se limita a ser um compêndio de normas de conteúdo predeterminado, seja pela história, seja por decisão do constituinte. Tampouco começa do zero. Ela é um processo que recebe do passado certas orientações e projeta alternativas para o futuro. Compreende, assim, a expressão de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos. É a síntese da tradição, da cultura, das experiências históricas, bem como das esperanças, possibilidades reais e de configuração futura, viabilizadora de que os textos clássicos, os discursos presidenciais, os votos dos Magistrados dos tribunais da Jurisdição constitucionais, até os trabalhos artísticos e científicos cristalizam os valores culturais. É a catálise, fonte de mudança, de posteriores desenvolvimentos dos textos normativos positivos. Logo, a Constituição não pode ser meramente entendida como documento escrito (eixo), pois, a rigor, ela seria um ‘processo’

[478] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 93.

público (aberto) 'de interpretação' cotidiana do texto, à luz dos contextos que permeiam as especificidades individuais e sociais[479].

Portanto, não apenas pela utilização do costume como categoria integrativa e atualizadora do Direito[480], mas também, e principalmente, pela releitura historicamente situada das normas jurídicas, é que alcançaremos a efetividade normativa e teremos a aplicação verdadeiramente republicana e democrática do Direito[481].

Em síntese, pelo exposto, suprimidos os excessos das escolas realistas, que pelo seu decisionismo radical aproximam o Magistrado do legislador, defendemos, inclusive do ponto de vista constitucional, a intensificação da operabilidade pragmática e concreta do Direito, conforme as diretrizes axiológicas emergentes do plano social.

3.4.4.3- Referência axiológica da Constituição[482]

Pelo que já expusemos, desde já, assinalamos que nossas propostas não rejeitam, integralmente, as convicções da Escola do Positivismo, sobretudo no que se refere à compreensão de Direito, como um conjunto de normas jurídicas.

Em outros termos, embora não aceitemos a suposta neutralidade axiológica da Escola do Positivismo, temos para nós que o Direito positivo, de fato, é um corpo sistêmico, referenciado em dado paradigma. Contudo, algumas advertências são necessárias.

---

[479] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teorias Constitucionais em perspectiva – Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27.

[480] No que se refere ao costume, como categoria integrativa, embora não tenham sido concebidas no campo epistemológico, são valiosas as seguintes colocações inseridas na obra de Shakespeare. "(...) Ângelo - Ato II – Cena III (...) a lei não estava morta, embora estivesse adormecida. Esses muitos não teriam ousado perpetrar esse mal se o primeiro que infringiu o decreto tivesse respondido por seus atos. Agora a lei esta bem acordada, atenta par ao que se passa e, tal qual um profeta, examina numa bola de cristal quais futuros males (já concebidos ou, por negligencia, recém-ideados e, portanto, a caminho de serem incubados e virem à luz), repito, quais futuros males devem ter sua evolução suspensa, porque aqui e agora eles vivem para terminar." SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 35.

[481] A busca pela legitimação do direito a partir da sua aplicação é paradigma constitucional, vale dizer, a efetividade do direito, deveras discutida entre os pensadores do realismo jurídico durante a primeira metade do século passado, tanto na Escandinávia, como nos Estados Unidos da América, é uma noção que está essencialmente vinculada ao nosso modelo de Estado Democrático.

[482] Para analisar a história da Constituição Americana e da declaração de direitos, recomendamos a seguinte leitura: E. BOUTMY. **Estudos de direito constitucional**. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 222.

Não negamos a importância das referências como meio de orientação das nossas condutas. Reconhecemos, inclusive, que não devemos abandonar o método de construção de pautas prioritárias para o enfrentamento dos problemas da sociedade.

Porém, temos de ter consciência que as referências e as temáticas arroladas em nossos projetos podem sofrer modificações no curso de sua concretização.

Temas que em dado momento, diante de um contexto de fatos, são prioritários e urgentes podem perder sua importância, quando devem ceder espaço a outras questões.

Da mesma forma, paradigmas que em um cenário ocupam a centralidade na orientação de nossas condutas, num outro contexto podem tornar-se não apenas laterais, mas até reprováveis do ponto de vista ético.

Se nos detivermos com os olhos fitos nos deveres, antes mesmo de reclamarmos os Direitos que temos, certamente não seremos capazes de vencer o passado anacrônico e alcançar nosso verdadeiro presente.

Os direitos e deveres inseridos nas normas de outros tempos pertencem àqueles tempos, não aos tempos de hoje.

Logo, o que antes era Direito, hoje pode ser abuso; o que antes era dever, talvez já não passe de tirania. A questão pode ser assim colocada: devemos trair ou ser fiel? A resposta depende do que entendemos por traição ou fidelidade. Muita vez, é sob a capa da traição que o paladino se volta contra a tirania como jura de fidelidade ao povo.

Reconhecer, cegamente, o acerto de tudo que se contém nas categorias normativas do passado é aceitar um Direito que não é nosso, que não fora feito para nós; é receber uma vestimenta já amarelecida e rota que, se antes cabia em um baile, hoje sequer servirá às capas retalhadas de sofá.

Assim, devemos aceitar os paradigmas e elaborar nossas pautas de prioridades, mas temos de estar preparados para alterá-los tão logo seja necessário.

Naturalmente, de acordo com o que defendemos, a Constituição é a referência paradigmática para o exercício da atividade jurisdicional por parte do Magistrado[483]. No entanto, diferentemente da corrente radicalmente positivista, que

[483] Entendemos, neste ponto, inclusive, que "(...) o principio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político (...) a supremacia politica e jurídica da constituição se reflete de duas maneiras diferentes: na supraleglidade de suas

rejeita valores no campo do Direito, pensamos que, ainda que o paradigma do sistema jurídico seja a Constituição, esta deve ser compreendida do ponto de vista axiológico[484].

Assim, sustentamos que, somente através da concepção valorada da Constituição encontraremos uma referência legítima para o Direito, enquanto corpo sistêmico[485].

Em reforço de nossas convicções reclamamos o apoio de J.H. Meirelles Teixeira, para quem a própria Constituição é um produto cultural. Complementando as concepções sociológica, jurídica e política, apresentadas por Ferdinand Lassalle, Hans Kelsen e Carl Schmitt, respectivamente, Teixeira aduz que a Constituição é dotada de diversos fatores de poder, decisões políticas do povo e normas jurídicas que devem ser vinculantes. Por isso cogita-se uma Constituição total, formada pela reunião dos aspectos econômicos, sociológicos, políticos, jurídico-normativos, filosóficos, e até morais. A Constituição é um conjunto de normas fundamentais condicionadas pela cultura total e, ao mesmo tempo, condicionante, numa perspectiva essencialmente dialética. Por ser determinada pela cultura, a Constituição é fruto de pré-compreensões da sociedade (seu reflexo e espelho) na

---

regras e na imutabilidade relativa de seus preceitos, assim dotados de uma superioridade objetiva e concreta na própria vida social (...) como se vê, há uma graduação normativa no próprio sistema constitucional, posto que, segundo Schimitt, são as decisões politicas fundamentais, enquanto para Duguit, seria a declaração de direitos, que se contrataram na cúpula do regime constitucional." FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito Constitucional Moderno**. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 90/92.

[484] Sobre esta questão, é importante destacarmos algumas características do "neoconstitucionalismo", para alguns, síntese dos novos paradigmas do Direito Constitucional Contemporâneo. Segundo Daniel Sarmento, poder-se-ia apontadar as seguintes características do "neoconstitucionalismo". "(...) a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e) judicialização da politica e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do executivo, para o Poder Judiciário." DANIEL SARMENTO. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: Neoconstitucionalismo (Regina Quaresma e outros... colaboradores). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267/268; Em acréscimo, com relação ao item 'b' da citação acima, e sobre as perspectivas históricas da argumentação jurídica na modernidade, indicamos a seguinte leitura: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofia del derecho**. Tradução do alemão por Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997, p. 150.

[485] Cumpre esclarecer que, neste ponto, não lanço uma discussão sobre as diferenças doutrinais, eventualmente apresentadas, entre direito positivo e ciência do direito. Em ambos os casos, seja numa perspectiva ontológica/descritiva, ou mesmo numa tomada deontológica/prescritiva, sustento e reconheço a presença de uma acentuada carga axiológica no direito.

qual ela está inserida, mas também atua como elemento conformador do sentido de aspectos da cultura (é condicionante e condicionada)[486].

Nesse mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior apontará a Constituição como fato cultural. Esta é a melhor perspectiva, pois permite explorar culturalmente o texto constitucional, em todas as suas potencialidades. Ademais, um conceito de Constituição adequado deve partir da sua compreensão como sistema aberto de normas, em correlação com os fatos sociopolíticos. Nesse caso, ser reconhece a necessária interação entre a Constituição e a realidade a ela subjacente[487].

Deve-se ver, portanto, que, embora reclamemos a referência paradigmática, negamos a sua compreensão estática, como um ídolo, sem vocação para mudanças[488].

Cada norma é de seu tempo, e é na conformidade do seu tempo que deve ser evocada[489].

---

[486] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense, 2008, p. 76. Naturalmente, "(...) uma associação constitucional, para usar a formulação de James Tully, deve reconhecer e acomodar uma diversidade cultural e prover a base social para a reflexão critica e a dissensão em relação à sua própria cultura, instituições e tradições interpretativas (...) um "ethos" de liberdade critica é também sustentando pelo conhecimento publico de que a constituição esta aberta para revisão e que a discussão sobre ela é uma importante dimensão da cidadania." VIEIRA, José Ribas et al. **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105.

[487] JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 85-86; cf. 6ª ed. 2012, p. 92-109.

[488] Referimo-nos a ídolo não apenas como colocado por Nietzsche, mas, sobretudo na concepção da "crítica dos ídolos" de Bacon. Advirta-se, inclusive, que na sua obra utópica *Nova Atlântida*, Francis Bacon dirá que se quisermos uma sociedade perfeita, precisamos acabar com os ídolos (ídolo da caverna, do fórum, do teatro e da tribo). Os ídolos, segundo Bacon, são preconceitos e opiniões vitrificadas, que impedem o alcance da verdade. A sua superação deveria ser buscada com a aplicação da razão à experiência, através do método. A propósito, segundo Nietsche, "(...) há mais ídolos do que realidades no mundo (...)". No seu Crepúsculo, Nietsche parte de Sócrates para desconstruir todos os ídolos de sua época, principalmente o sistema educacional alemão e os estudos ligados à metafísica. O autor faz o seguinte convite: "(...) que não sejamos covardes em relação aos nossos atos! Que não os abandonemos uma vez consumados! – O remorso é indecente (...)." NIETSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos ídolos**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 16.

[489] Além do mais, "(...) se queremos efetivamente desconceituar a noção de revolução, no sentido benjaminiano de parar o "trem da historia", que corre para uma catástrofe, não basta apenas submeter à analise crítica a noção padronizada de progresso histórico; é preciso concentrar-se também na limitação da noção "histórica" ordinária do tempo: a cada momento do tempo, há múltiplas possibilidades à espera de se realizar; assim que uma delas se realiza, as outras são eliminadas. O caso supremo desse agente do tempo histórico é o Deus leibniziano, que criou o melhor mundo possível: antes da criação, Ele tenha em mente toda uma gama de mundos possíveis, e Sua decisão consistiu em escolher a melhor dentre essas opções. Aqui, a possibilidade precede a escolha: a escolha é uma escolha entre possibilidades. O impensável dentro desse horizonte de evolução histórica linear é a noção de uma escolha/ato que, retroativamente, dá origem à sua própria possibilidade: a ideia de que o surgimento de algo radicalmente Novo mude retroativamente o passado – não o passado real, é claro (não estamos falando de ficção cientifica), mas as possibilidades passadas ou, para usar termos mais formais, o valor das proposições modais sobre o

Se aceitarmos a aplicação dessa norma nos estreitos limites do seu texto, tomaremos por nosso um Direito que já não nos pertence.

Porém, se quisermos a garantia e a promoção de um Direito sincrônico e contemporâneo, devemos, necessariamente, evocar um protagonismo hermenêutico situado e dialógico. Só então teremos um Direito legitimamente nosso.

Já é tempo de abandonar os retrovisores e assentarmos as vistas em nós mesmos!

Feitos estes esclarecimentos, em continuidade, passemos à abordagem das questões que envolvem a compreensão procedimental do Direito.

Conclusão

Em síntese, acreditamos que nossa compreensão semântica de 'verdade' será alcançada a partir dos valores que possuímos.

Ademais, como demonstramos, pensamos que a liberdade de atuação no plano social deva ser exercida dentro dos limites impostos pelas culturas e valores.

Nesse sentido, a despeito das críticas, sustentamos que as ideologias ainda assumem papel de destaque no plano jurídico, notadamente por realizar a neutralização axiológica do discurso dogmático do Direito.

Por fim, reafirmamos nosso entendimento de que o Direito é produto essencialmente cultural, e reclamamos sua compreensão histórica, numa perspectiva axiológica.

3.5 - Compreensão procedimental do Direito

Neste tópico, tomando em conta o que defendemos no capítulo anterior, e partindo do pressuposto de que até mesmo o conhecimento e a razão possuem estruturas procedimentais, defendemos a utilização do procedimento como categoria adequada ao exercício da atividade jurisdicional pelo Magistrado.

Com efeito, o próprio conhecimento não pode ser imposto, deve ser sugerido por alguém, e aceito pelo seu destinatário.

---

passado." ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011, p. 453.

De fato, a aceitação desse conhecimento dependerá da demonstração de sua veracidade, por meio de provas (e.g. os teoremas da matemática)[490], procedimentalmente obtidas.

Sem esse procedimento não haverá legitimidade do saber[491].

Entendemos que a atuação procedimentalmente orientada do Magistrado poderá ser mais efetiva e legítima, sobretudo na concretização historicamente situada das pautas ideológicas da Constituição.

3.5.1 – Natureza procedimental do conhecimento

Para fundamentar a necessidade da atuação procedimental do Magistrado, apresentaremos, de início, algumas ponderações sobre o caráter procedimental da própria atividade cognitiva.

Logo, se até mesmo a operação cognitiva é procedimental, necessariamente, o Magistrado deverá assumir o procedimento como paradigma de sua atuação.

---

[490] A propósito do tema, Nicolas Bourbaki, já em 1939, dizia ser possível, "(...) logicamente falando, derivar praticamente tudo o que se sabe da matemática a partir de uma única fonte, A Teoria dos Conjuntos. Além disso, assim como ocorre no direito, tudo na matemática deve ser provado antes que possa ser aceito como verdadeiro. Mesmo os 'fatos' mais ostensivamente óbvios não são aceitos como fatos a menos que um matemático possa fornecer uma rigorosa prova. Não é suficiente colocar uma maçã junto com outra maçã para provar que um mais um é igual a dois. Deve ser provado que um mais um sempre é igual a dois, que não há casos em que um mais um possa ser um, ou zero, ou três, ou 1.743. Muitas vezes, é muito mais difícil provar alguma coisa do que descobri-la e decidir que ela é quase certamente verdadeira. Às vezes, leva muitos séculos para que um teorema seja provado, como no caso do Último Teorema de Fermat. Mas é a prova que define um teorema – deve ser possível demonstrar sua verdade através de uma linha de raciocínio lógico a partir de axiomas e outros teoremas já provados (...) o fato de que o sol sempre aparece, por exemplo, não é uma prova de que ele aparecerá amanhã." ROONEY, Anne. **A História da Matemática**: desde a criação das pirâmides até a exploração do infinito. São Paulo: M. Books, 2012 p. 199.

[491] A (com)provação, contudo, poderá ser feita pelo empréstimo de categorias cognitivas já aceitas, já demonstradas e provadas preteritamente (e.g. os postulados e os axiomas da matemática). Além disso, "(...) tomando em conta que o indivíduo moderno progressivamente se emancipou da tutela das tradições, devemos admitir que apenas um processo de discussão entre partes preocupadas em encontrar um acordo mútuo pode condensar normas válidas para todos. É claro, os indivíduos sempre se inscrevem em determinada cultura e ninguém pode argumentar sem retomar, por conta própria, uma quantidade dos seus valores (como os direitos humanos, para um contemporâneo). Nesse sentido, a deliberação democrática não é, ao contrário do que às vezes Habermas nos faz achar, uma pura forma, um simples procedimento. Não é como se passa. Como observou Gambetta, a propósito da república, trata-se de 'uma forma que implica o fundo', podendo, então, legitimar a fixação de limites. Argumentar ou dar início à discussão nada significa, além da busca de razões suscetíveis de convencer ou de justificar um olhar que seja igualmente válido para os outros e não apenas para si mesmo. Daí a virtude transformadora do debate democrático, nisso que ele obriga cada um a fazer abstração de suas preferências ou interesses para tentar inscrever seu argumento da esfera do universal – é a ideia que John Raws, aliás, mobiliza em sua teoria, mais profunda do que em geral se imagina na França, do 'véu da ignorância'." FERRY, Luc. **O anticonformista**: uma autobiografia intelectual; entrevistas com Alexandra Laignel-Lavastine. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2012, p. 386.

Por estarmos imersos num oceano extremamente confuso, repleto de sentidos e sensações, aparentemente desordenados, precisamos forjar algum instrumento para por ordem neste caos.

Esse instrumento é a própria razão[492], destinada à ordenação de toda a nossa realidade sensível[493].

Apenas pela razão[494], poderemos tencionar a compreensão da realidade[495].

[492] A sumária, posto profunda, conclusão de Pascal: o coração tem razões que a razão desconhece, ilustra que até mesmo a razão, uma ideia aparentemente tão comum e óbvia, está sob os domínios da nossa compreensão. Considerada objetivamente, ou subjetivamente, é ela que ocupa um lugar destacado diante do saber filosófico.

[493] Seja *ratio*, do latim, ou *logos*, do grego, a ideia de razão nos remete para o exercício de um pensamento ordenado, justamente medido, pressuposto de uma verbalização clara e compreensível ao destinatário desse pensamento.

[494] Na sua *Crítica da razão pura,* Kant apresenta três dimensões estruturais da razão: estrutura da sensibilidade; estrutura do entendimento; estrutura da razão propriamente dita, não relacionada nem com os conteúdos da sensibilidade nem com os conteúdos do entendimento. Em todo caso, só haverá conhecimento se a experiência fornecer conteúdo à sensibilidade e ao entendimento. A estrutura da razão propriamente dita não tem a função de conhecer. Quando separada da sensibilidade ou do entendimento, a razão não conhece nada. Sua função é apenas gerir as estruturas da sensibilidade e do conhecimento. Em síntese, podemos dizer que, para Kant, a razão é uma função que regula e gere toda a atividade do sujeito cognoscente. Kant, todavia, advertirá que embora possamos conhecer as estruturas tridimensionais da razão, não podemos ter certeza quanto ao conhecimento da realidade em si mesma. Isto porque, a realidade está no sujeito, e não nas coisas. Não podemos nos olvidar que em Kant a razão é sempre subjetiva. A realidade em si é 'neumenon' (nôumeno); a realidade produzida em nos é 'phainomeno' (fenômeno). Daí o equívoco dos inatistas e empiristas, que acreditavam conhecer o nôumeno, quando na verdade estavam em busca do fenômeno. Para aprofundamento da questão, sugerimos a leitura da seguinte obra KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos et al.. 5ª ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

[495] Por ter esta natureza instrumental, a razão é orientada por vetores principiológicos. Os princípios da causalidade, identidade, da não contradição, e do terceiro excluído, representam algumas dessas diretrizes da ação operada na razão.

Se aceitarmos uma classificação da razão em modalidades – como sugerira a Escola de Frankfurt[496], que, a partir da sua Teoria Crítica, divisou a razão em razão instrumental e razão crítica -, iremos nos deparar com a categoria chamada de razão discursiva, e suas formas de operabilidade: indução[497], dedução[498] e abdução[499].

Advertimos que a indução, a dedução e a abdução são modalidades procedimentais da razão discursiva.

A razão discursiva é compreendida como um procedimento que deve ser seguido pelo sujeito no/ao encontro do conhecimento, vale dizer, é procedimento racional que, partindo do desconhecido, através de cadeias conexionadas de dados, nos conduz ao conhecimento.

Vencidas as diversas fases procedimentais, ao fim, ter-se-á por produto o conhecimento acabado[500].

---

[496] De início, atente-se para o fato de que, notadamente pelos estudos da escola de Frankfurt, a razão pode ser dividida em duas categorias, objetiva e dedutiva, cuja soma teria por resultado a filosofia. A razão pode ser objetiva ou subjetiva: a atividade racional opera intuitivamente, o que se pode chamar de razão intuitiva, ou discursivamente, ou razão discursiva. No primeiro caso a compreensão emerge singularmente ao sujeito cognoscente. Num ato único o sujeito é tomado pelo lampejo do saber. Pela intuição na há intermediários, a captura do conhecimento é feita diretamente pelo sujeito do conhecimento. Já na razão discursiva, a captura do conhecimento pelo pensamento é procedimentalizadamente obtida. O sujeito deve vencer sucessivamente várias etapas cognitivas, até chegar ao conhecimento acabado. A obtenção final do saber pelo pensamento exige um esforço associativo por parte do sujeito. A aproximação do objeto é feita por associação de outros objetos pré-conhecidos pelo sujeito.

[497] No procedimento indutivo, ao contrário, o sujeito colhe dados através da percepção experimental, e segue, ascendentemente, ao encontro de um novo conhecimento. Em síntese, enquanto na indução é procedimento destinado à aquisição do conhecimento, a dedução é o procedimento para verificar e comprovar algum saber previamente adquirido.

[498] No procedimento dedutivo, o sujeito parte de idealidades aprioristicamente verdadeiras (saberes previamente tidos por verazes, postulados e axiomas) em direção descendente ao encontro de uma comprovação (a comprovação é o seu objeto de conhecimento).

[499] Esse modelo operacional, sugerido por Peirce, e por alguns tautologicamente denominado de intuição procedimentalizada, embora se aproxime do modelo indutivo, com ele não se deve confundir. A abdução, técnica amiúde utilizada no saber histórico, é procedimento cognitivo racional que, pela interpretação de sinais, signos e indícios, nos leva ao conhecimento. Assim como se passa com a indução, a abdução é procedimento para aquisição de novos conhecimentos. O que singulariza o procedimento abdutivo - e, ao mesmo tempo, o afasta da indução e dedução, e o aproxima da intuição -, é a carga axiológica dos signos interagentes no procedimento racional.

[500] Em complemento do exposto, é relevante assinalarmos a existência de duas correntes marcantes na conformação do pensamento ocidental. Uma primeira corrente, denominada realista, defende que há uma realidade isolada e externa, fora do sujeito do conhecimento. Já a corrente idealista, aparentemente antagônica à primeira, refuta uma existência externa ao sujeito; sustenta que toda realidade é interna, vale dizer, está no plano das ideias do sujeito. Portanto, para a corrente idealista, toda realidade é obra da razão, concebida no plano das idealidades. A tensão entre realismo e idealismo nos remete a outra dualidade teorética sobre o tema do conhecimento. Cuida-se das correntes inatista e empirista. Para os inatistas, o homem já vem ao mundo dotado de uma razão, guiada por princípios universais, e composta por ideias verdadeiras. Embora estas sejam as linhas gerais dessa corrente filosófica, se é que assim podemos chamar, notamos variações nos pensadores ligados às suas discussões. Por exemplo, em Platão (isto pode ser notado nos diálogos de *Menon* e em *A República*), a idealidade inata é colhida através da recordação. Numa perspectiva

Deve-se ver, portanto, que a própria operação cognitiva dos sujeitos, inclusive do Magistrado, se dá através de procedimentos.

Não obstante o que já expusemos, convêm acrescentarmos, ainda na temática procedimental do conhecimento, algumas ponderações sobre o hábito, notadamente no plano das reflexões empiristas[501].

Ao negar a existência de uma ideia universal e inata[502], os empiristas reconhecem na ação racional uma nota procedimentalizante[503].

---

cartesiana, vemos que (percebe-se nas meditações metafísicas e discurso do método) ao abordar o tema das ideias, Descarte as classifica em três modalidades, adventícias, fictícias e inatas, de acordo com a sua origem e qualidade. As ideias adventícias são aquelas que vêm de fora, e são introjetadas na razão do sujeito. Por serem capturadas pelos sentidos, podem ou não ser dotadas de veracidade. De outro lado, as ideias fictícias, são fantasias criadas artificialmente por nós, e nunca serão verdadeiras. Por fim, as ideias inatas (chamadas por Descartes de assinatura do criador no espírito das criaturas racionais), são aquelas que compõem a razão desde o início da existência do sujeito. Segundo Descartes, as ideias inatas são sempre verdadeiras, e não podem ser colhidas pela experiência. Ali, a máxima *cogito ergo sunt* é uma ilustração marcante do inatismo cartesiano, pois aponta uma ideia que já está no próprio ser, insuscetível de captura pelas experiências sensoriais. Os empiristas, ao contrário, rejeitam a tese de que a razão já viria dotada de idealidades irrefutáveis.

[501] Uma tomada radical do pensamento empirista nos levará à conclusão de que o homem não passa de uma "folha em branco", uma moldura vazia, à espera da arte da vida. Se assim fosse, teríamos que nos completar com a tinta do mundo, com as cores do sentimento. Para Schopenhauer, de modo mais pessimista, "(...) o homem não é apenas um animal vil e repugnante (digo isso a contragosto, quem dera a experiência não o tivesse manifestado clara e repetidas vezes e não continuasse a fazê-lo) mas também danoso, volúvel, pérfido, ambíguo feroz e cruel. Reporta-se a Francesco Petrarca, De vita solitária." SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de conhecer a si mesmo**. Tradução: Jair Barboza (alemão) e Silvana Cobucci Leite (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 30.

[502] Os inatistas estariam errados por acreditar que todo o conteúdo da razão é inato e universal, quando apenas as suas bases estruturais o são, segundo Kant. Também os empiristas estariam equivocados, pois nem todos os componentes da razão são capturados pela experimentação no plano físico. As estruturas fundamentais da razão não podem ser capturadas através das percepções sensoriais, pois já pertencem ao sujeito, antes mesmo de manter contato com o mundo exterior. Kant dirá que a experiência não é "causa", e sim "ocasião" para que as estruturas da razão recebam os conteúdos e, após seu processamento, conceba o conhecimento acabado.

[503] Nem o inatismo nem o empirismo estão livres de críticas. Ao negar a mutabilidade das ideias, compreendendo-as como atemporais e universais, como a ideia de belo ou o justo, o inatismo soçobra diante da impermanência axiológica no homem. Sabemos bem que algumas ideias como belo, bom ou justo, são produtos culturais, forjados pelo homem e constantemente modificados. Em outro passo, a negação de uma preconcepção da razão, por parte dos empiristas, também se adequa à contextura, ainda que minimamente, homogênea do ser humano. Nesse caso, a realidade estaria relacionada e ordenada sistematicamente, num plano de textos e contextos, causas e efeitos, sem qualquer influência de valores. Além disso, acreditava-se que todos os seres são e estão numa contextualização de causa e efeito. No entanto, embora toda a realidade, supunha-se, estivesse sob a possibilidade de representação sistêmica de causalidades racionalizáveis, o sujeito poderia não só contemplar passivamente (atitude descritiva), mas, também, agir, para interferir no plano do ser (atitude prescritiva). Neste caso, até mesmo a ética poderia ser posta sob o controle da racionalidade, tomando em conta a certeza de que tudo estaria sob o domínio da vontade racionalmente orientada. Na matemática, por exemplo, defendia-se a existência de uma perfeita ordenação lógica dos números e caracteres a eles referidos - cf., por exemplo, os escritos de Galileu Galilei, como *O Livro do mundo*, escrito integralmente em linguagem matemática. Em virtude dos seus aspectos unifatoriais, as teses inatista e empirista não se sustentariam, isoladamente, pelo que despontaria a superação dessas, principalmente pelas contribuições de Leibniz e Kant. É importante destacarmos, ainda que, segundo Kant, "(...) a filosofia precisa ter uma ciência que defina tudo de todos os conhecimentos a priori (...) Deus, liberdade e imortalidade são temas da razão pura. A metafísica é a ciência que estuda essas

De acordo com os empiristas, toda inteligência e razão do homem são construídos a partir da percepção sensorial de dados, ao longo de nossa existência, vale dizer, as instâncias da razão são (in)formadas e (en)formadas, no decorrer da existência sensível.

Assim, a razão não passa de um conjunto de associações e repetições das percepções colhidas sensorialmente pelo observador.

Ressalte-se, inclusive, que para Hume, ao longo da vida, principalmente pelos sentidos, retiramos dados do mundo. Esses dados nos preencherão enquanto 'ser' e nos conduzirão ao 'fazer'.

E é por meio desse 'fazer', condicionado e repetitivo, que se faz o hábito e, por conseguinte, a razão. Nota-se, de acordo com essa perspectiva, que a razão nada mais é que um conjunto de ideias repetidamente acumuladas e associadas pelo agir habitual.

Portanto, por ser um hábito associativo de ideias, através da experimentação pelos sentidos, a razão seria instrumento procedimental para o protagonismo científico.

Como visto, considerando que a própria operação cognitiva se submete aos limites procedimentais, temos de reconhecer que o Magistrado, no apreço das questões jurídicas, também se valha dos paradigmas procedimentais.

A despeito destas breves advertências sobre a natureza procedimental da operação cognitiva, passaremos à análise da atuação procedimental no campo político, econômico e jurídico.

questões. Seu procedimento é dogmático, a princípio; ela assume confiantemente sua execução sem um exame prévio da capacidade ou incapacidade de nossa razão para tão grande empreendimento (...) A matemática é um ótimo exemplo do que poderíamos realizar nos conhecimentos a priori independentemente da experiência. Ela trabalha com objetos e conhecimentos que podem ser representados pela intuição; todavia, essa circunstância é fácil de ser reparada, pois a intuição de que se trata pode se dar a priori por si mesma e raramente é distinguida de um simples conceito puro." KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi et al. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 16.

3.5.2 – Utilização do procedimento para a compreensão do fenômeno jurídico

Não obstante o que ponderamos, de início, ressalte-se que, se quisermos uma adequação axiológica e cronológica do Direito, temos de operar, simultaneamente, no plano científico, político, econômico e processual[504].

No campo epistemológico, como já colocamos, é preciso que reconheçamos a necessidade de uma atuação científica cada vez mais plural e abrangente, pois só assim escaparemos da compreensão parcial e fragmentada dos fenômenos[505].

Na política, de outro lado, temos de estimular e promover a redemocratização das discussões, e a participação mais efetiva do povo no debate político. Neste caso, entendemos que somente através da promoção e fomento do exercício da cidadania poderemos alcançar níveis satisfatórios para uma tomada de decisão legitimamente republicana e democrática[506].

---

[504] Sobre a legitimação pelo procedimento, Adeodato aduz que "(...) o núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo. A positivação do direito, fundamentando-o em decisões, traz para o procedimento a obrigatoriedade de que ocorra uma decisão qualquer, ainda que indeterminada, o que a impossibilita de garantir a verdade ou a justiça da decisão. Luhmann ressalta que a legitimação pelo procedimento não pode prescindir da função da verdade, mas também não pode ficar presa a ela, necessitando de outros mecanismos de transmissão funcionalmente equivalentes, de complexidade mais reduzida. A criação desses mecanismos é o objetivo do procedimento." ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

[505] É de se realçar que, de acordo com Garrido, "(...) as teorias jurídicas contemporâneas, que são participes do recente movimento de reabilitação da filosofia pratica, preocupar-se-iam não apenas com a descrição do fenômeno jurídico como um sistema estático formado por regras, procedimentos e princípios. Mas, sobretudo, com a investigação e o estudo do sistema dinâmico da argumentação jurídica, a partir da aplicação e da justificação racional de tais regras, procedimentos e princípios, vinculado, por sua vez, à ideia de uma razão pratica geral e à incorporação de referencias jurídicos e morais contra fáticos á argumentação. Entre os caracteres distintivos desse novo conjunto de teorias jurídicas, alias, bastante heterogêneo, estaria "a desfiguração da contraposição entre Jusnaturalismo e positivismo", ao postular a introdução de um controle racional no âmbito das discussões sobre questões praticas sem que isso configure, por outro lado, ou retorno ao objetivismo ético que define a posição jusnaturalista. Certamente, o neoconstitucionalismo não-positivista resgata e reformula – a partir de um paradigma filosófico construtivista - a intuição jusnaturalista de que já direito além do direito positivo. Neste sentido, alguns autores identificam o 'neoconstitucionalismo' não-positivista, com espécie de "constitucionalismo ético" ou "moral", uma vez que a constituição, ao incorporar direitos fundamentais e a deliberação democrática, teria definitivamente aberto o direito á avaliação moral com apoio nos princípios jurídicos e na argumentação jurídica." SILVA, Alexandre Garrido da. **Neoconstitucionalismo**, pós-positivismo e democracia: Aproximações e tensões conceituais. In Neoconstitucionalismo (Regina Quaresma e outros colaboradores). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108/ 109.

[506] Com relação à questão, Adeodato adverte que quando "(...) o direito perde referencias éticas externas, a legitimidade torna-se legitimação e passa a identificar-se não somente com a legalidade, mas com a validade mesma do direito positivo: justo, ético, e legítimo, é aquele direito produzido por autoridade competente segundo um rito de elaboração prescrito pelo próprio ordenamento jurídico. Não há mais o intrinsecamente justo, substantivado na expressão "legitimidade", mas sim um processo, uma ação legitimante "legitimação", levada a efeito internamente pelo próprio sistema jurídico." ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 73.

No plano econômico, de seu turno, as mudanças devem partir de uma campanha de conscientização dos agentes que atuam no mercado. Naturalmente, o empresário deve reconhecer a função social da sua atividade econômica e intensificar seus esforços para promover uma gestão econômica não somente capitalista, mas principalmente humanizada. Mas não só. O consumidor também tem de ser orientado para que pratique um consumo consciente e emancipado deve se dar conta de que o consumo não é um fim, ensimesmado, e sim um meio para a busca de uma vida com mais dignidade[507].

Finalmente, no plano processual, inclusive na recuperação judicial, é pela procedimentalização, com abertura ao diálogo, que poderemos alcançar, concretamente, um modelo normativo axiologicamente adequado e historicamente situado.

Fator que reforça a necessidade de assumirmos uma postura procedimental, sobretudo diante das contingências jurídicas, é a crise ideológica que vivenciamos contemporaneamente[508].

Com efeito, a desorientação ideológica é um vinco profundo que marca a face do nosso tempo.

---

[507] Sem dúvidas, reconhecemos que "(...) a sociedade de consumo é uma realidade inegável. Mas, muito mais que uma realidade puramente acadêmica ou abstrata, é um fenômeno que afeta a vida de todos os cidadãos. E, como tal, merece a atenção do Direito, não com o intuito de reprimi-la, mas apenas para colocá-la a serviço do interesse público." BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas comerciais in **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Ed. Forense Universitária, São Paulo, 2001, p. 215; Sem prejuízos destas considerações, temos de nos atentarmos para o fato de que a sociedade de consumo "(...) não se erige sem concessões (...) pagamos, todos, um pesado tributo em lhe pertencer. Estamos presos às engrenagens de uma sociedade programada, isto é, vamos perdendo a iniciativa dos atos humanos, em proveito da sociedade na qual estamos inseridos. Somos condicionados pela sociedade de consumo, mas não podemos renunciar a ela, e há nos conformamos em perder a vantagens que dela nos advém. Em suma, a sociedade de consumo se submete a uma inelutável lógica interna, e seu método, em cuja composição entram a prospectiva, os computadores, os engenhos que se aperfeiçoam e as novas obrigações da era tecnológica." SCATIMBURGO, João de. Mudanças Tecnológicas na Civilização Contemporânea. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974, p. 208; Em tudo caso, como assinalou Daniel Fink, "(...) a eficácia do sistema de proteção ao consumo, sua coerência e harmonia são responsabilidade de todos aqueles que o integram, nominalmente descritos pela norma. O sentido preconizado pelo legislador, acertadamente, afastou-se do habitual "assistencialismo estatal" em favor daquele que provoca e incita o verdadeiro exercício da cidadania, o amadurecimento das instituições da própria sociedade." FINK, Daniel Roberto. Do sistema nacional de defesa do consumidor. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 872.

[508] Quando operamos com a expressão ideologia, temos de ter muita cautela, pois encontramos diversos sentidos para ela. Com N. Bobbio, por exemplo, a ideologia pode ter um sentido "forte", numa perspectiva marxista, de falsa consciência das dominações das classes, como pode ter um sentido "fraco" como crenças sociais, destinadas à conformação comportamental da sociedade.

Enquanto Fukuyama nos diria que as utopias se foram no mesmo féretro em que velamos e enterramos a história, Luc Ferry dirá que o grande problema radica-se no fato de que já não temos mais por que (ou para quem) morrer.

Essa desorientação do mundo de hoje, segundo o filósofo e ex-ministro da educação da França, estaria estritamente ligada ao enfraquecimento das grandes ideologias que marcaram o século XX, principalmente no campo da política e da religião.

Não há dúvida de que as ideologias de antigamente fossem embaladas por agudas e profundas paixões, capazes até mesmo de nos merecer a vida.

Porém, nos dias de hoje, se não temos aquelas paixões viscerais, possuímos uma variedade muito grande de sentimentos e ideologias extremamente efêmeras.

Assim, não cremos no fim das ideologias ou das convicções.

O que experimentamos é uma imensa pluralidade de valores e visões de mundo que, ao mesmo tempo em que surgem, são rapidamente modificados.

Nota-se, ademais, que tudo nos tempos de hoje passa a ser extremamente superficial, e as pessoas já não se dão ao trabalho de procurar conhecimentos mais detidos sobre o seu mundo, e mesmo sobre o que diz[509].

No entanto, seja aceitando, como nos sugere Luc Ferry, que as ideologias realmente estão acabadas, seja, de outro turno, reconhecendo que já não existem centralidades ideológicas, mas sim uma infinidade difusa e instável de valores e convicções, a saída é uma só: a construção tópica e concreta de uma norma destinada à superação do conflito, vale dizer, a decisão produzida na superação dos conflitos só será legítima se estiver francamente sintonizada com os valores sociais do tempo de sua produção.

Logo, tendo em conta que nos dias atuais há grande incerteza e estabilidade no campo axiológico, somente a partir da operação dialógica e *procedimentalizada*, no caso concreto, o Magistrado poderá encontrar a norma mais adequada ao enfrentamento do conflito deflagrado[510].

---

[509] Essa imensidade de ideologias e certezas passageiras deve-se em grande parte aos avanços no campo da liberdade de expressão e, principalmente, à globalização dos meios sociais de comunicação, principalmente pela rede mundial de computadores. Hoje se fala em uma geração dos 130 caracteres, aludindo aos estreitos espaços virtuais utilizados pelos internautas para colocar seus "pensamentos" e "reflexões". Vale conferir: Reportagem da revista *Veja*, nº 52, ed. de dezembro de 2012, sobre a diversidade e fragmentação ideológica; também o vídeo: *All work and all play*, produzido pela empresa Box 1824, sobre o comportamento dos jovens no século XXI.

[510] De acordo com o pensamento de Habermas, "(...) o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na

Além disso, sobre a procedimentalização no campo do Direito, inclusive sob a perspectiva da teoria discursiva da democracia habermasiana, pensamos que a Constituição deve ser compreendida como a prefiguração de um sistema de Direitos fundamentais[511].

Esses, inclusive, representariam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia, nos âmbitos e nas perspectivas específicas do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, além de garantir espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas.

Além disso, nessa linha, a democracia, como princípio jurídico-constitucional, deve ser densificada conforme a perspectiva específica de cada um desses processos - significa participação em igualdade de Direitos e de oportunidades daqueles que serão afetados pelas decisões, nos procedimentos deliberativos[512].

O citado autor prossegue destacando que, com o processo de desencantamento, o Direito moderno se configura como parte de um sistema de normas positivas e obrigatórias; todavia, essa positividade vem associada a uma

---

qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como, aliás, o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta ideia é "dogmática" num sentido sui generis. Pois nela se expressa uma tensão entre a facticidade e a validade, a qual é 'dada' através da estrutura linguística das formas de vida socioculturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir." HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190.

[511] Nesse contexto, segundo Habermas, "(...) na argumentação, as pretensões de validade, pelas quais os agentes se orientam sem problemas na pratica comunicacional quotidiana, são expressamente tematizadas e problematizadas. Assim, no Discurso prático, elas deixam em suspenso a validade de uma norma controversa – pois, é só na competição entre proponentes e oponentes que deve ficar claro que ela merece ser reconhecida ou não. A mudança de atitude na passagem do agir comunicativo para o discurso, que ocorre com a tematização das questões de justiça, não é diversa da que tem lugar no caso das questões de verdade. O que até então, no relacionamento ingênuo com as coisas e eventos, havia valido como 'fato', tem que ser visto agora como algo que pode existir, mas que também pode não existir. E, assim como os fatos se transformam em 'estados de coisa' que podem ser ou não o caso, assim também as normas habitualizadas socialmente transforma-se em possibilidades de regulação que se podem aceitar como validas ou recusar como invalidas." HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 155.

[512] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 502. Esta é a posição defendida por FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 120.

pretensão de legitimidade, de modo que normas expressam uma expectativa no sentido de preservar equitativamente a autonomia de todos os sujeitos de Direito[513].

O processo legislativo, nesse caso, deveria ser suficiente para atender a essa exigência. No entanto, o legislador não vence este desafio. Logo, compete ao Judiciário assumi-lo para si[514].

Corroborando nossa tese, Willis acentua que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais poderes estatais, na produção do Direito. Anote-se, ademais, que não se trata de faculdade, mas sim de dever constitucional.

Segundo Willis, cumpre ao Poder Judiciário, também o papel de suprir a ausência dos novos procedimentos, criar novos ou ajustar os antigos procedimentos às demandas contemporâneas. Além do mais, se o Judiciário não assumir o papel central que lhe foi reservado no sistema, na solução dos conflitos sociais, corre o risco de perder definitivamente seu espaço[515].

---

[513] Neste plano, convém realçar que "(...) que há uma relação entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e o processo de positivação e estabelecimento desse direito capaz de gerar legitimidade, por outro lado – isto é, uma relação entre Estado de Direito e democracia; contudo essa relação não é meramente fruto de uma história causal, mas uma relação conceitual que está alicerçada nas pressuposições da práxis jurídica cotidiana. Temos, então, uma reconstrução da soberania popular que assume a forma jurídica por meio do processo legislativo democrático, que deve considerar a equiprimordialidade da autonomia jurídica. Por um lado, aos indivíduos são garantidas determinadas liberdades subjetivas de ação a partir das quais podem agir em conformidade com seus próprios interesses – é o que se chama de autonomia privada – liberando esses indivíduos da pressão inerente à ação comunicativa, qual seja, a de fundamentar moralmente todas as suas ações, bastando, portanto, a referência ao direito legislado. Para tanto, é fundamental a noção de direitos fundamentais como elementos asseguradores dessa autonomia por meio da ingerência estatal na esfera privada dos cidadãos, como já afirmava a clássica leitura liberal. Em contrapartida, o princípio discursivo democrático compreende a autonomia pública a partir da ótica da garantia de legitimidade do procedimento legislativo por meio de iguais direitos de comunicação e de participação. Trata-se, do fato, de que os sujeitos de direitos têm de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem. Como consequência, autonomias pública e privada devem estar pressupostas reciprocamente (cooriginárias), sem que, contudo, uma possa gozar de supremacia sobre a outra." Ibid., p. 75; Ainda sobre a autonomia privada, recomendamos a seguinte leitura: D'ORS, Álvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006, p. 53-82.

[514] No que se refere ao ativismo judicial "(...) a partir da aceitação do texto constitucional com expressão de um sistema de direitos, que garante o nexo interno entre autonomia privada e publica, uma postura ativa será muitas vezes indispensável, como nos casos em que se faz necessário assegurar o procedimento democrático e o modo deliberativo de formação da vontade politica. Além do mais e exatamente por esta razão, a visão procedimental e deliberativa favorece a critica do processo de elaboração do Direito, objeto desta tese." NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar**: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118.

[515] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 226/227.

Conclusão

Em síntese, por reconhecermos que até mesmo o conhecimento e a razão possuem estruturas procedimentais, como vimos, defendemos a utilização do procedimento como categoria adequada ao exercício da atividade jurisdicional pelo Magistrado.

Nesse aspecto, demonstramos que o próprio conhecimento não pode ser imposto, vale dizer tem de ser sugerido por alguém, e aceito pelo seu destinatário. Além disso, ressalvamos que sua aceitação dependerá da demonstração de sua veracidade, por meio de provas procedimentalmente obtidas, sob pena de não haver legitimidade do saber.

Sem prejuízo destas colocações, apontamos que, considerando as incertezas e as instabilidades axiológicas do nosso tempo, somente a partir da operação dialógica e procedimentalizada, no caso concreto, o Magistrado poderá encontrar a norma mais adequada ao enfrentamento dos conflitos apresentados.

Em reforço, realçamos que a atuação procedimentalmente orientada do Magistrado seria mais efetiva e legítima, inclusive pela concretização historicamente situada das pautas ideológicas da Constituição.

Sumariamente, pelo que defendemos nesta tese, somente se compreendermos o Direito num contexto democrático (como sugerido por Rawls) e cultural, com a evocação de valores (conforme assinalara Radbruch) pela tomada de uma postura hermenêutica razoável (de acordo com Gadamer[516] e Siches[517]), numa

[516] Alguns pontos do pensamento de Gadamer, sobretudo no plano da linguagem, podem ser notados pelo seguinte trecho de sua obra: Para o autor, "(...) o diálogo já há muitas falas que não ficam senão dando voltas, e o mesmo acontece no texto em meio à busca por um subterfúgio nas formas fazias da retórica trivial. No diálogo vivo, tudo isto é dissimulado e passa desapercebido. No entanto, quando uma tal fala artificial vem ao nosso encontro como texto e este texto é então traduzido por fim literalmente, isto produz um efeito fatídico. Neste momento faz-se presente o autor que escreve e que, em vez de se servir da palavra conveniente, cai em convenções vazias; e, então, o mesmo ameaça se dar uma vez mais com o tradutor que toma o convencional e vazio pelo que é realmente dito." GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 126. No mesmo sentido, Schopenhauer dirá que "(...) a palavra dos homens é o material mais duradouro. Se um poeta deu corpo à sua sensação passageira com as palavras mais apropriadas, aquela sensação vive através de séculos nessas palavras e é despertada novamente em cada leitor receptivo." SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 145.

[517] Sobre o papel do pensamento filosófico-jurídico no progresso do direito, recomendamos a seguinte leitura: SICHES, Luis Recasens. **Filosofía del derecho**. 12ª ed. México: Editorial Porrúa, 1997, p. 19.

franca dialética procedimental (atenciosa às notas habermasianas[518]), poderemos promover sua verdadeira razão de ser: pacificar com justiça.

3.6 - A utilização reunida dos saberes para uma compreensão plural

Neste ponto, ressaltamos a importância da utilização variada dos saberes como recurso para a atuação adequada do Magistrado diante do plano de recuperação judicial.

Pelo que defendemos em nossa tese, no campo jurídico, a utilização de todos os recursos *cognoscitíveis* é imprescindível à atividade jurisdicional, notadamente pelo fato de que o Direito é um produto cultural, como já tivemos oportunidade de destacar.

Acreditamos que o Magistrado, ao se ocupar da obra jurídica, deve atuar por todos os saberes, desde os saberes comuns, passando pelas artes e pela religião, até os estritos conhecimentos produzidos no plano da dogmática jurídica[519].

Com efeito, para proporcionar maior utilidade dos conhecimentos, independentemente da classificação que possamos lhes dar, devemos utilizá-los

---

[518] A propósito, podemos verificar as matizes do pensamento de Habermas a partir das seguintes considerações. De acordo com o autor, "(...) razões são coisas de um estofo especial; elas forçam-nos a tomar posição por sim ou por não. Deste modo, nos fatores do agir orientado para o entendimento, está embutido um fator de incondicionalidade. E é este fator que distingue a validade, que pretendemos para nossas concepções, da validez meramente social de uma pratica habitual. O que consideramos justificado é, na perspectiva da primeira pessoa, uma questão da possibilidade de fundamentação e não uma função dos hábitos de vida. Por isso, há um interesse filosófico em "ver em nossas praticas de justificação social mais do que essas meras praticas". É este mesmo interesse que esta contido na obstinação com que a filosofia se aferra ao papel de um guardião da racionalidade – um papel que, segundo minha experiência, traz cada vez mais aborrecimento e que, certamente, nenhum privilégio mais confere." HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 33.

[519] No que se refere à questão da arte, merece destacar a seguinte consideração de Nietzsche: "(...) a ideia de que "o homem científico é a continuação do homem artístico" está contida tanto essa visão (comtiana) progressista do pensamento humano, quanto a analogia genética entre arte e ciência (...) a arte e ciência seriam formas de conhecimento, formas de "olhar a vida", bem como motivadores de uma atitude que afirma a vida (...)." NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução Sergio Albano. 1ª ed. Buenos Aires: Gradfico, 2007, p. 146; Com relação à religião, mas no mesmo contexto acima discutido, Sandel adverte que nós "(...) precisamos de uma vida cívica mais sadia e engajada do que essa à qual estamos habituados (...) em vez de evitar as convicções morais e religiosas que nossos concidadãos levam para a vida pública, deveríamos nos dedicar a elas mais diretamente – às vezes desafiando-as e contestando-as, às vezes ouvindo-as e aprendendo com elas (...). É sempre possível que aprender mais sobre uma doutrina moral ou religiosa nos leve a gostar menos dela. Mas não saberemos enquanto não tentarmos (...). Uma política de engajamento moral não é apenas um ideal mais inspirador do que uma política de esquiva do debate. Ela é também uma base promissora para uma sociedade justa." SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 330.

conjuntamente, preenchendo reciprocamente os espaços deixados, uns pelos outros[520].

Sobre este tema, cumpre assinalarmos que, hodiernamente, embora nem sempre se tenha consciência disto, os cientistas operam muito além dos contornos divisórios de sua ciência.

Não é incomum, por exemplo, nos depararmos com investigações que se propõem materialistas, utilizando-se de fundamentos metafísicos, ou mesmo com investigações puramente metafísicas ou religiosas, que se valem de proposições e axiomas materiais[521].

Diante desse quadro de indefinição de contornos no campo da epistemologia, acrescido das fragilidades das 'certezas' alcançadas pelas pesquisas, reclamamos nova abordagem crítica ao saber científico, sobretudo com o reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento[522].

---

[520] Ponderamos, contudo, que, de acordo com Habermas, "(...) o saber não-temático distingue-se do saber-temático-juntamente pelo fato de não podermos ter acesso a ele através de uma simples transformação da perspectiva do participante numa perspectiva do observador; o saber não-temático exige antes uma analise dos pressupostos. Não-temáticos são os pressupostos dos quais os participantes da comunicação necessariamente partem, para que a ação de fala adquira um determinado significado numa situação dada e para que possa ser valida ou invalida em geral." HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafisico**. Tradução Fabio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 87.

[521] Aproximação entre os conhecimentos científicos e outros saberes, inclusive no campo da física, por exemplo, é uma tendência que não pode ser negada. É nessa aproximação de saberes que somos conduzidos para novas tomadas de posição no campo filosófico. A necessidade de se colocar acima das demais disciplinas científicas e outros campos de operação tecnológica nos coloca cada vez mais próximos de uma ação transdisciplinar. Na área da cibernética, por exemplo, além dos importantes estudos de Norbert Wiener, John Neumann e Gregory Bateson, deve-se ao austro-americano Heinz Foerster, os maiores avanços no desenvolvimento de uma metacibernética, ou cibernética de segunda ordem, capaz de desenvolver sistemas cibernéticos artificialmente inteligentes e capazes de autorregulação. Ou outro exemplo relevante da conjunção de saberes pode ser extraído da atuação de Gregory Bateson que, a partir da combinação de estudos antropológicos, zoológicos e biológicos, apresentou muitos avanços no campo da linguagem, a partir de experimentos com nativos da Ilha de Bali. Ele conseguiu demonstrar, a partir dos aspectos antropológicos e culturais dos nativos daquela ilha que existiriam dos tipos de relações sociais: as simétricas e as complementares. As relações simétricas seriam aquelas realizadas entre membros do grupo que compartilham os mesmos desejos e aspirações. Assim constroem modelos simétricos de relações. Nas relações complementares há um conflito entre as aspirações e desejos. Neste caso a submissão de membros do grupo seria uma resposta à dominação pelos outros membros. Bateson sugeriria que todas as relações deveriam ser trabalhadas socialmente, para evitar o que chamaria de cismogenese. Destaque-se, ainda, as contribuições de Paul Watzlawick, que desenvolveu importantes estudos, principalmente na área da psicoterapia. O físico bielorrusso e prêmio Nobel de Física do ano de 2000, Zhores Ivanovich Alferov, também merece apontamento pelos seus relevantes estudos na área da comunicação e tecnologia da informação.

[522] Como de fato proposto por diversos pensadores, dentre outros, Edmund Husserl, Bertrand Russell, Wittgenstein, Habermas e Georg Gadamer, todos se ocupando dessa crítica da ciência, sobretudo a partir da linguagem. Cumpre notar que a divergência central entre Habermas e Gadamer está no tratamento do poder da razão e da justificação metodológica das interpretações. Habermas acusa Gadamer de aceitar acriticamente o significado tradicional porque ele negligencia o poder da razão de revelar a gênese dos preconceitos, e assim descobrir os preconceitos cuja autoridade é

Ainda que se tenha buscado uma classificação restrita entre os saberes, à revelia de uma discussão mais acurada sobre as diversas correntes filosóficas acerca do tema, acreditamos numa operação cognitiva plural, vale dizer, pensamos que a busca pelo conhecimento não deve ser condicionada por classificações artificiosas sobre as diversas naturezas e modalidades do saber.

Assim, não apenas os saberes rotulados como filosófico, mitológico, científico, comum[523] ou religioso, mas todos, inclusive a intuição, merecem prestígio, principalmente no exercício da atividade cognitiva do Magistrado.

3.6.1 – Pluralidade e diversidade categórica dos saberes

Para compreendermos a natureza plural do conhecimento é oportuno trazermos, de início, algumas discussões sobre a utilização dos recursos filosóficos e da própria lógica, antes do exercício epistemológico, estritamente considerado[524].

Embora o saber seja resultado do agir desencadeado pela filosofia[525] e, na essência, seja uno, podemos sugerir sua fragmentação em categorias.

---

baseada na força, e não na razão. Gadamer retruca que nunca afirmou que o significado do texto, ou o tradicional, sempre é superior ao do intérprete. Ele afirma que o modelo para a crítica de Habermas – a psicanálise – fracassa porque precisa pressupor injustificadamente que um dos interlocutores tem conhecimento superior, como o analista em relação ao paciente. Enquanto Habermas nega a universalidade da hermenêutica porque existem experiências pré-linguísticas no mundo, Gadamer afirma esta universalidade porque para compreender e comunicar estas experiências precisamos da linguagem, e, portanto, da análise hermenêutica. Habermas afirma que é preciso incorporar alguma metodologia crítica à compreensão hermenêutica se ela não quiser sucumbir a um relativismo perigoso. O citado autor diz que no evento da verdade o preconceito legítimo brilha e convence os parceiros do diálogo, e este evento não se baseia na metodologia, ou seja, pedir uma justificativa metodológica é chegar tarde demais. Além disso, neste contexto, é importante destacar que, para Wittgenstein "(...) se uma resposta não pode ser posta em palavras, também o não pode a pergunta. O enigma não existe. Se se pode de todo fazer uma pergunta, então também se pode respondê-la. O cepticismo não é irrefutável, mas obviamente falho de sentido por pretender pôr em dúvida o que não pode ser perguntado. E isto porque só pode haver dúvida onde pode haver uma pergunta, e uma pergunta só onde pode haver uma resposta, e esta só onde algo pode ser dito." WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 141.

[523] Chamamos à atenção, neste caso, pra o fato de que, "(...) o senso comum, que cria para si muitas ilusões a respeito do mundo, precisa ser esclarecido sem reservas pelas ciências. Contudo, as teorias científicas que se infiltram no mundo da vida deixam essencialmente intacto o âmbito do nosso saber quotidiano, o que dificulta nossa auto-compreensão, enquanto seres capacitados para a linguagem e para a ação. (...) quando aprendemos algo novo sobre o mundo e sobre nos enquanto seres no mundo, o conteúdo da nossa compreensão se modifica." HABERMAS, Jurgem. **O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 140.

[524] Sobre a associação das ideias, indicamos a seguinte leitura: HUME, David. **Investigación sobre el conocimiento humano**. Tradução Joseph Club. 2ª ed. Madri: Mestas Ediciones, 2007, p. 37-38.

[525] A propósito desta questão, Humberto Rohden destaca que "(...) na realidade, a filosofia é exatamente o posto de quaisquer ilusionismos nefelibatas ou sectarismos teleológicos. Ela é

Aliás, essa oferta de compreensão fracionada do saber exsurge do fato de que o exercício filosófico pode assumir diferentes intensidades. Noutros termos, a busca pelo saber pode ter uma perspectiva mais pragmática, ou mais idealista, sendo que das variações nos graus dessa busca é que despontarão as fragmentações assinaladas.

Quando o protagonismo assume notas mais intensas de concreção afasta-se do que se chama de filosofia idealista ou geral e aproxima-se do que se pode chamar de saber pragmático ou científico.

A diferença entre esses saberes, portanto, está na intensidade, e não na essência, ou seja, cuida-se de diferença quantitativa e não qualitativa.

Atente-se inclusive que, segundo Aristóteles, pelo exercício filosófico, poderíamos alcançar o conhecimento pleno, em variados campos do saber[526]. A ação filosófica, portanto, na essência, seria única, mas poderia variar na forma, conforme a multiplicidade de procedimentos e métodos utilizados[527].

---

eminentemente realista e universal. Tem um fim único: a conquista da verdade – da 'verdade Libertadora', no dizer do maior dos filósofos que a humanidade conhece, o super-filósofo e profeta de Nazaré: 'conhecereis a Verdade e a Verdade vos libertará' (...) a ciência, por sua vez, embora não seja inteiramente idêntica à filosofia e à religião, vai, contudo, na mesma direção geral; investiga, com o auxilio da inteligência, as causas individuais que regem os fenômenos da natureza percebidos pelos sentidos, ao passo que a filosofia-religião ultrapassam essas causas individuais, levada pela intuição superior, demanda a Causa última, única, universal, de todos os fenômenos e de todas as causas." ROHDEN, Humberto. **O Pensamento filosófico da antiguidade**. Primeiro volume da obra Filosofia Universal – o drama milenar do homem em busca da verdade integra. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 19.

[526] A ocupação com as categorias genéricas e homogêneas do pensamento (independentes do conteúdo do objeto cognoscitivo) denomina-se analítica. A analítica passa a ser chamada de lógica, mas, essencialmente, radica-se nas concepções aristotélicas. A analítica (ou lógica) é uma ferramenta, um instrumento para a ação cognitiva. Deve-se ver, portanto, não podemos dizer que lógica é ciência, mas sim uma ferramenta de apoio utilizada para a produção científica. Além disso, pela coleta de grande volume de saberes, produzidos antes dele, nos quase quatrocentos anos de produção filosófica grega, Aristóteles buscaria a reunião e a sistematização de todo conhecimento. A propósito, sobre a doutrina aristotélica, Oswaldo Porchat assinala que "(...) ela integra uma visão sistemática e unitária das coisas e do saber que as diz e conhece. Indissociável dessa visão e da filosofia que a exprime, ela desafiou os séculos que a comentaram, utilizaram ou combateram, marco primeiro do pensamento epistemológico. Ela apoiou-se, como vimos, no saber matemático constituído e nutriu-se do prestígio de sua apoditicidade, interpretando-o como desvelamento da verdade e do ser. Eis por que devia o filósofo repelir quantas doutrinas contradissessem os resultados das matemáticas e proclamar a injustiça de qualquer veleidade de recusá-los, se não se podiam recusar com razões mais convincentes que as hipóteses que lhes eram fundamentos. Nem creu o filósofo que tais razões pudessem propor-se." O século XIX as propôs. PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Ciência e dialética em Aristóteles**. São Paulo: Unesp, 2001, p. 88.

[527] São três os grandes círculos da filosofia aristotélica. O conhecimento do conhecimento (teoria do conhecimento; teoria do conhecimento científico, a epistemologia e a analítica ou lógica); o conhecimento do ser, ou ontologia; o conhecimento das ações axiologicamente orientados do ser humano (Teoria dos valores, da política, da ética, da arte, dos fins etc.). São, então, os três: conhecimento do pensamento em si; conhecimento do ser em si, conhecimento do fazer condicionado por valores.

Aristóteles apresentaria a filosofia (atitude filosófica) como a totalidade dos saberes científicos.

Já as ciências, por outro turno, seriam divisadas em tantos quantos objetos e finalidades possuíssem[528].

Porém, ainda segundo Aristóteles, antes de se projetar sobre uma área específica, o filósofo deveria se ocupar das próprias normas que condicionam e regem o pensamento, independentemente do que se busca conhecer. Antes de escolher o que conhecer, deveríamos buscar definições do próprio ato de escolha e do conhecimento em si, como categorias autônomas. Encontradas as notas comuns à ação eletiva do objeto cognitivo, poderemos seguir às especificidades, às ciências propriamente ditas. É essa busca pelas categorias comuns no agir científico (atuação filosófica restrita) que pontua a atuação do filósofo (aquele que exerce uma busca mais generalizante do saber)[529].

---

[528] Os campos do saber científico, conforme propõe Aristóteles são: ciências produtivas, ou técnicas, com fins pragmáticos (recaem sobre as ações científicas teologicamente direcionadas; são saberes que se destinam a uma obra final, autônoma em relação ao obreiro, como a arquitetura, a economia, a medicina, o direito, entre outras). Aqui o agir humano não é bastante em si, projeta-se para a concepção de uma unidade, de uma obra; ciências práticas, voltadas para a ação bastante em si mesma. Ao contrário das ciências produtivas, nestas, o agir é reflexivo, se reprojeta ao próprio homem. A ação é desencadeada para si mesma. A atitude do ser humano não se projeta para uma obra, mas sim para o próprio homem. A política e a ética estão nessa categoria; ciências teoréticas (metafísica ou filosofia primeira, de acordo com Aristóteles), ocupam-se com os entes independentes da obra humana (independente da técnica, da produção do homem). Diante dos entes, autônomos e independentes, ao homem resta, apenas, o exercício da contemplação. Dentro desta classe de saber científico, segundo o pensamento Aristotélico, são diversos os graus de abstração. A metafísica propriamente dita, ou a filosofia primeira, é a ciência do ser em si, que estuda o puro ser. Já a teologia, estuda a causa de todas as causas, o divino. Estas duas são as mais abstratas, e correspondem à base de todo agir cognitivo. Ainda dentro das ciências ditas contemplativas, já o que Aristóteles denominou de ciências do devir, de entes da natureza, submetidos a constantes mudanças, como a física, a biologia, a psicologia, entre outras. Por fim, temos ciências dos entes naturais imutáveis, não sujeitos a mudanças, como a matemática (Aristóteles colacionava a astronomia nessa categoria, considerando a crença dos gregos na imutabilidade estática, imutabilidade astronômica).

[529] É relevante destacar, nesse contexto que, de acordo com Aristóteles, "(...) homônimas são ditas as coisas das quais só o nome é comum, enquanto o enunciado da essência é outro. Por exemplo, animal é tanto o homem quanto o retrato, pois somente o nome deles é comum. O enunciado da essência é outro. Se alguém quiser dar conta do que é a essência do animal, em relação a cada um deles, dará um enunciado próprio; dizem sinônimas as coisas cujo nome é comum, enquanto o enunciado da essência é mesmo, e.g. animal é o homem e o boi, pois cada um deles é chamado pelo nome comum. O enunciado da essência é o mesmo. Se alguém quiser dar conta do que é, para cada um deles, a essência do animal, dará um mesmo enunciado; parônimas são ditas todas as coisas que, diferindo-se de outra coisa pela desinência, obtêm a denominação do nome; assim, da gramática, o gramático; e da coragem, o corajoso." ARISTÓTELES. **Categorias**. Tradução José Veríssimo Teixeira da Mata. 3ª ed . São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 71.

Dito isso, a despeito de a filosofia ser a fonte radical de todo saber[530] - justamente por isso defendemos a assunção de uma postura filosófica pelo Magistrado - com escopo meramente ilustrativo, apresentamos, em seguida, além da intuição, algumas categorias cognitivas que podem ser utilizadas pelo Magistrado na atividade jurisdicional.

Considerando nossa reclamação ao reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento, além de sabermos que o senso comum, a mitologia, a religião, a ciência, não são excludentes, ao contrário, são conhecimentos que se aproximam e se completam mutuamente, defenderemos a utilização reunida e complementar desses saberes.

Antes de fazermos breves colocações sobre as categorias cognitivas assinaladas, cumpre-nos advertir, inicialmente, que a *intuição* não é, propriamente, um saber, cuida-se, na verdade, de instrumento para o alcance do conhecimento[531].

O saber alcançado pela intuição, ademais, é imediato, ou seja, independe de qualquer interlocução ou mediação entre o sujeito e o conhecimento[532]. Ao contrário do que se passa com a razão discursiva, instrumentalizada, o saber emergente da intuição é instantâneo, aflora para o sujeito num ato único e singular. Daí porque a

---

[530] De acordo com esta perspectiva, é majestoso o seguinte trecho da obra de Shakespeare. Trânio, aconselhando Lucêncio sobre as aspirações - Ato I – Cena I – dirá que "(...) à doçura da doce filosofia. Amenas, meu bom amo, por mais que admiramos essa virtude, essa disciplina moral, rogo-lhe não nos tornemos estoicos ou insensíveis. Não tal devotos da ética de Aristóteles a ponto de achar Ovídio desprezível. Apoie a lógica nos seus conhecimentos do mundo e pratique a retórica na conversa usual; inspire-se na música e na poesia e não tome a matemática e da metafísica mais do que o estomago pode suportar; o que não dá prazer não dá proveito. Em resumo, senhor, estude apenas o que lhe agradar." SHAKESPEARE, William. **A megera domada**. Tradução Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2003, p. 22.

[531] A intuição é categoria relevantíssima no cenário filosófico. Desde Platão, pela alegoria da caverna, até os metódicos, como Descartes e sua máxima *cogito ergo sunt*, encontramos a intuição entre as temáticas ligadas ao conhecimento. A própria fenomenologia husserliana, para qual a consciência é sempre consciência "de" alguma coisa, nos demonstra a relevância do papel da intuição no cenário do conhecimento (confira a seguinte obra de Descartes: *Meditações Metafísicas*, e *A República*, de Platão). Além disso, de fato, "(...) a ciência pode não ser capaz de explicar a intuição, mas a maioria das pessoas não nega a sua existência. Há algo muito poderoso sobre o pressentimento instintivo, seja ele uma resposta inicial a um novo conhecido ou um sentimento sobre qual caminho seguir." MCCREADIE, Karen. **A riqueza das nações de Adam Smith**: uma interpretação moderna e prática. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

[532] Nesse sentido, Igor Tenório sugeriu que "(...) se o homem falhou em imitar o vôo das aves, foi, no entanto, através do estudo da forma de suas asas que chegou a acumular conhecimento suficiente para construir e ir sucessivamente aperfeiçoando uma 'máquina voadora'. Contudo, apesar das semelhanças, jamais se confundiu o objeto com o ser vivo. Apenas a similitude do processo permitiu ao homem projetar e construir máquinas que, ao final, passaram a voar mais alto, mais depressa e mais longe que qualquer pássaro." TENÓRIO, Igor. **Direito & Informática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 16.

intuição se distancia da razão discursiva, que opera procedimentalmente num desencadeamento sucessivo de atos[533].

A intuição é essencial ao exercício da atividade jurisdicional[534].

Por isso, comemoramos a importância da intuição no exercício da atividade jurisdicional do Magistrado.

De outro passo, o saber comum, por seu turno, também é essencial para o exercício da atividade do Magistrado.

Se nos atinarmos bem, veremos que o saber comum é um conhecimento primário, que surge sem que se possa explicar com clareza sua origem ou sua consolidação; saber "de" algo, ou saber "que" algo ("foi", "é", ou "pode ser").

Esta categoria é denominada saber comum, pois partilhada por um dado grupo ou coletividade e, embora não esteja necessariamente sistematizado em formas escritas, compõe-se de linguagem dominada pelo grupo. Aliás, é por essa linguagem que o conhecimento será tradicionalmente veiculado.

Característica marcante dessa categoria de conhecimento é a ausência de contestação. Ou seja, o saber comum não é contestado por nós, ele é utilizado e aceito, passivamente, e utilizado sem sequer nos darmos conta que ele existe.

Sobre este dado, do ponto de vista antropológico, perceberemos que muitas supostas verdades inatas, universais e irrefutáveis, nada mais são que construções sociais artificialmente forjadas[535].

---

[533] Sobre o direito e ideal, confira, ainda, MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia**: lições preliminares. Tradução Guilhermo de La Cruz Coronado. 8ª ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1980, p. 285.

[534] Ao cuidar do tema, ressaltando a importância da intuição, Rizzato Nunes dirá que "(...) a filosofia do Direito não pode de forma alguma se contentar com o atingimento de uma essência de conceitos. Segundo o autor, ela só deve interessar à busca da essência do real. Em acréscimo, pontua que o fim da filosofia do Direito, assim definido, não consiste, pois, em escolher entre conceitos e em tomar partido entre as várias escolas, mas em procurar uma intuição única da qual as escolas fazem descer os diversos conceitos, pois assim colocar-se-á acima das divisões das escolas. Desse modo, pode-se dizer que um esforço de intuição que venha a empreender o filósofo seria capaz de liberar o espírito vivo do Direito, muitas vezes aprisionado e imobilizado na letra dura e fria dos conceitos. Pois, como bem diz Bergson, o ato simples que pôs a análise em movimento e que se dissimula por trás dela emana de uma faculdade muito diferente daquela de analisar: a intuição. Em arremate, assinala que, pela intuição, o espírito se coloca em contato com o mundo exterior. Mundo esse que é social. Na conexão simultânea dada na duração concerta do sujeito cognoscente, a intuição traz, também, tudo quanto possa de social tocar à percepção e à memória, ou, em outras palavras, o espírito humano é o indivíduo na mesma medida em que é já do social. É, assim, pela experiência da intuição que um verdadeiro e real Direito vivo pode ser atingido. Ela pode propiciar ou, ao menos, colaborar para uma transformação do Direito em benefício cada vez maior do ser humano." NUNES, Rizzato. **Manual de Filosofia do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318/319.

[535] Repare que nossas convicções mais sólidas sobre o mundo, a sociedade em que vivemos, suas criações (como a família, propriedade, liberdade), não são nada mais que invenções do homem.

Outra questão relevante repousa no fato de que o saber comum distancia-se do saber científico, notadamente pelo ponto de partida. Com efeito, o saber comum, como dito, chega até nós sem que precisemos agir conscientemente em sua procura. Já o saber científico, por seu modo, é resultado de uma atitude proativa, desencadeada a partir de uma dúvida. O ponto de partida do conhecimento científico é a dúvida, a desconfiança, a descrença no fenômeno, vale dizer, da dúvida o cientista parte em busca do conhecimento.

Portanto, tomando em conta a naturalidade da presença do saber comum em nosso meio, nada mais coerente que o aceitarmos como legítimo na operação do Direito por parte do Magistrado.

A busca do conhecimento também pode ser desencadeada pelo mito, ou seja, uma narrativa construída para explicar a origem de algum fenômeno[536].

Tal e qual os demais saberes, o saber mitológico advém da necessidade de compreensão do mundo e de nós mesmos, radicando-nos na crença de que entes metafísicos, principalmente deuses, se manifestam no físico[537]. Nesse compasso,

---

[536] De acordo com Luc Ferry, "(...) o que a mitologia lega de mais profundo à filosofia antiga, sua herdeira direta nesse ponto, é que a questão essencial é pura e simplesmente a de se saber com chegar a uma vida boa no coração desse cosmos, mesmo já secularizado e desdivinizado à maneira platônica e estoica. A filosofia nasce na Grécia porque o mito ali preparou o terreno, refletindo já de maneira extraordinariamente profunda a condição dos mortais no centro do universo, de forma que a interrogação fundamental dos filósofos já se encontrava inteiramente pré-formada quando ela emerge; trata-se de saber como vencer os medos ligados à finitude para alcançar a sabedoria, isto é, a serenidade, que é a condição única para a salvação, no sentido etimológico do termo, o que nos salva da angústia da morte inerente à nossa condição humana. É nesse sentido que a análise da passagem da mitologia para a filosofia confirma em todos os pontos a ideia de a filosofia ser de fato uma 'doutrina da salvação sem Deus'. É uma tentativa de se salvar dos medos sem recorrer à fé nem a um ser supremo, mas exercendo a simples razão e tentando se virar por conta própria. É essa a verdadeira diferença entre a filosofia e a religião, e mesmo que os mitos gregos estejam repletos de deuses, esses têm a grandeza propriamente filosófica de afastar dos seus poderes a questão da salvação dos homens. Cabe a nós, mortais, e somente a nós, ajustá-la o quanto possível, sem dúvida imperfeitamente, mas por nós mesmos e por nosso raciocínio e não com a ajuda da fé ou dos Imortais (...) é pura e simplesmente esse o desafio que vai aceitar a grande tradição da filosofia antiga. E um dos seus charmes mais impressionantes vem do fato de que, a partir dessa problemática singular, ela 'inventa', de maneira propriamente genial, uma pluralidade de respostas que nos oferecem, ainda hoje, iguais possibilidades para compreendermos nossas vidas." FERRY, Luc. A Sabedoria dos Mitos Gregos: Aprender a viver II; Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 304; Sem prejuízo do considerado, acreditamos que "(...) nas águas salobras da História ainda não se perdeu o sabor doce do mito e da poesia. A ingrata condenação da Arte em nome da Ética e da Política seria de novo proferida por Rousseau e por Hegel, mas foi poupada à fantasia especulativa de Giambattista Vico." BOSI, Alfredo. **O ser e o tempo da poesia**. São Paulo: Cultrix, 1977, p. 220.

[537] Advertimos que o desejo de provar e justificar, racionalmente, para validar ou invalidar as nossas crenças, a partir da percepção sensorial, que nos leva ao agir filosófico. Com efeito, o mito, principalmente entre os helênicos, é um desses artifícios, utilizado justamente para apresentar justificativas, "compreensíveis" e "racionais", de nossas percepções e crenças. Nesse sentido, convém destacar que "(...) a filosofia grega subestimara a fé ou crença (*pistis*) do ponto de vista cognoscitivo, pois dizia respeito às coisas sensíveis, mutáveis, sendo, portanto, uma forma de opinião

justificam-se os fenômenos perceptíveis pelos sentidos, pela atuação de divindades ou entes metafísicos[538].

Por sua grande carga subjetiva, e forte apoio na crença, o conhecimento mitológico acaba por condicionar o comportamento dos sujeitos[539].

No entanto, embora possa condicionar comportamentos, ao contrário do "saber comum", que não exige uma consciência teleológica, o saber mitológico é sempre produto da busca consciente de explicações[540].

Pelo que vimos, em que pese o saber mitológico nem sempre se sustente racionalmente, o Magistrado deve reconhecer a sua legitimidade, notadamente no Brasil, cuja cultura fora intensamente influenciada pelos povos indígenas e suas pluralidades mitológicas.

Noutro giro, a *religião* também se destaca no plano cognitivo[541].

A religião é um conjunto de saberes ordenados que (re)conduz (liga) aquele que sabe, ou acredita que sabe, a algum ente. Esse conjunto de saberes e crenças une não só o sujeito à divindade, mas também os sujeitos entre si; religião, etimologicamente, radica-se em religação, vínculo, ligação com algo[542].

(*doxa*). Em verdade, Platão a valorizou como componente do mito, mas, em seu conjunto, o ideal da filosofia grega era a episteme, o conhecimento. E, como vimos, todos os pensadores gregos viam no conhecimento a virtude por excelência do homem e a realização da essência do próprio homem. Pois a nova mensagem exige do homem precisamente uma superação dessa dimensão, invertendo os termos do problema e pondo a fé acima da ciência." REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia, v. 2**: Patrística e Escolástica. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2003, p. 17.

[538] Todo o ser, portanto, deveria ser efeito de uma causa, qual seja, o mito.

[539] Embora seja produto do despertar filosófico, o saber mitológico ganha notas de distinção aos demais saberes, não apenas pelo fato de que se preocupa mais em explicar o passado que o presente ou futuro, ou ainda por possuir sorte divina, pois toma por base quase sempre os deuses, mas principalmente pelo fato de que o saber mitológico não requer os rigores da razão. O conhecimento emergente do mito pode, e muita vez o faz, contrariar frontalmente a razão, ou as verdades preconcebidas (isso, por certo, se tomarmos em conta a razão e a verdade humanas, nas configurações sugeridas desde dos gregos). Não há dúvida, porém, que, por atuar no plano das divindades, o saber mitológico contradiga o saber racional (nos moldes helênicos, insisto).

[540] O saber mítico, estudado por Lévi-Strauss, foi apresentado por ele não como um saber selvagem, atrasado e primitivo, mas apenas como um modo próprio de pensar. O mito tem essa caraterística de colar fragmentos narrativos (através da bricolagem se produz objeto novo, a partir de fragmento de outros. Em verdade é colagem ou arte de pegar pedaços para construir um todo).

[541] Sobre o ascetismo e o espírito do capitalismo Weber sustentará que "(...) o homem moderno, mesmo com a melhor das vontades, costuma ser incapaz de atribuir às ideias religiosas a importância que merecem em relação à cultura e ao caráter nacional. Não é meu intuito substituir uma interpretação causal materialista unilateral por outra interpretação espiritual, igualmente unilateral, da cultura e da história. Ambas são viáveis, mas, se qualquer delas não for adotada como introdução, mas sim como conclusão, de muito pouco servirá no interesse da verdade histórica." WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução Pietro Nassetti. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 141.

[542] O saber religioso, além de consciente e finalístico, tem, como nota comum, a vinculação do sujeito com um Deus, ou Deuses. Podemos, ademais, desde logo, apresentar alguns conceitos de religião,

Unidos por esse conjunto de saberes, os sujeitos assumem um modo próprio de viver e se conduzir “no”, “com” e “para o mundo”.

Conforme já assinalamos, dentre outros problemas, na “pós-modernidade”, vivemos uma aguda crise de identidade. A coisificação do ser humano[543], o desejo irrefreavelmente posto no “ter”, antes mesmo de “ser”, faz do homem dos nossos tempos um ser acentuadamente frustrado e melancólico. Talvez todo o vazio existencial e a desorientação axiológica do século XXI se devam mesmo à volatilidade das compreensões do homem acerca do mundo e dele mesmo[544].

No entanto, esta desorientação (perda de referência), poderia, no nosso sentir, ser superada a partir de uma (re)tomada do cristianismo, na sua perspectiva humanística[545].

---

conforme sugestão de Victor Hellern. Para Friedrich Schleiermacher “(...) religião é um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência (...)”; Já C. P. Tiele dirá que “(...) religião significa a relação entre o homem e o poder sobre-humano no qual ele acredita ou do qual se sente dependente. Essa relação se expressa em emoções especiais (confiança, medo), conceitos (crenças) e ações (culto e ética)(...).”; Helmuth von Glasenapp, por seu turno, sustentará que “(...) a religião é a convicção de que existem poderes transcendentes, pessoais ou impessoais, que atuam no mundo, e se expressa por insight, pensamento, sentimento, intenção e ação (...)”. HELLERN, Victor. et al. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

[543] Em relação ao tema, Immanuel Kant, na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (alemão: "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", de 1785), assinala que “(...) no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente. Todavia, se esta coisa estiver acima de qualquer preço, não se submetendo a juízo de equivalência, ela será dotada de dignidade. O ser humano é dotado de dignidade, porque é singular e não tem preço. Por esse motivo, o homem nunca pode ser meio, há de ser sempre considerado um fim em si mesmo, rechaçando-se qualquer pretensão tendente à sua precificação ou coisificação”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58/64/65.

[544] Nesse contexto, sobre o que nos reserva o futuro, Hobsbawm nos apresenta a seguinte reflexão: “(...) do ponto de vista da tecnologia, sem dúvida o próximo século irá continuar a celebrar o triunfo do gênio humano; em termos econômicos, ele será mais rico; talvez seja capaz de se adaptar ao novo ambiente e aprender a usar as enormes forças à sua disposição sem destruir a si mesmo. Porém, o que não vejo com clareza é o futuro das relações políticas e culturais entre os seres humanos. Pois grande parte das soluções, grande parte das estruturas que herdamos do passado foram destruídas pelo dinamismo extraordinário da economia na qual vivemos. E isso está lançado em número crescente de homens e mulheres numa situação em que não podem mais recorrer a regras claras, perspectivas, senso comum; uma situação em que não sabemos mais o que fazer de nossas vidas, tanto no plano individual como coletivo. Isso vale para uma instituição como a família, mas também para todas as instituições políticas que constituíram os fundamentos do processo de civilização, daquilo que Habermas chamou de ‘esfera pública’. Política, partidos, jornais, organizações, assembleias representativas e Estados: nada mais funciona da maneira como costumava funcionar, e na qual supúnhamos que continuariam funcionando por um longo tempo. Seu futuro é obscuro. É por esse motivo que, no final do século, não consigo olhar para o futuro com muito otimismo.” HOBSBAWM, Eric. **O novo século**: entrevista a Antônio Polito. Tradução Cláudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 173.

[545] A despeito do que se propõe nesta tese, no campo da filosofia encontramos agudas críticas ao cristianismo. Dentre elas, merece destaque, a ‘Lei contra o cristianismo’ apresentada por Nietsche. Promulgada no dia da salvação, dia 1º do ano 1 (30 de setembro de 1888 da equivocada contagem de tempo, segundo o autor). Nietsche reclama guerra de morte contra o vício que, para ele, é o cristianismo. Em síntese a referida lei traz o seguinte conteúdo: “(...) artigo primeiro – viciosa é toda

Independentemente de discussões teosóficas, a revisitação das orientações humanísticas da doutrina cristã poderia nos orientar em busca de nós mesmos. Desta feita, através do outro (nosso semelhante, para não dizer igual na essência) poderíamos (re)conhecer a nós mesmos e resgatar o sentido da vida. Para essa metafísica horizontal, teríamos no ser humano o paradigma prioritário do nosso protagonismo existencial[546].

Além do exposto, malgrado o saber religioso se assente em bases metafísicas, defendemos que o Magistrado reconheça a sua relevância, sobretudo pelo fato de que a cultura do nosso país é acentuadamente influenciada pela religião[547].

Deixados estes esclarecimentos sobre a religião, temos de assinalar, igualmente, a importância da *arte* na operação cognitiva do Magistrado[548].

---

espécie de antinatureza. A mais viciosa espécie de homem é o sacerdote: ele ensina a antinatureza. Contra o sacerdote não se tem razões, tem-se a prisão (...) artigo segundo – Toda participação a um oficio religiosos é um atentado à moralidade pública. Deve-ser ser mais duro com os protestantes do que com os católicos, mais duro com os protestantes liberais do que com os ortodoxos. O que há de criminoso no fato de ser cristão aumenta à medida que alguém se aproxima da ciência. O criminoso dos criminosos, portanto, é o filósofo (...) artigo terceiro – O lugar maldito em que o cristianismo chocou seus ovos de basilisco deve ser arrasado e, como lugar infame da Terra, será o terror de toda a posteridade. Nele deverão ser criadas serpentes venenosas (...) artigo quarto – A pregação da castidade é uma incitação publica à antinatureza. Todo desprezo da vida sexual, toda impurificação da mesma mediante o conceito de "impuro" é o verdadeiro pecado contra o espirito santo da vida (...) artigo quinto – Sentar à mesa com um sacerdote leva á expulsão: com isso uma pessoa se excomunga da sociedade honesta. O sacerdote é o nosso chandala – ele deve ser proscrito, condenado à fome, enxotado para toda espécie de deserto (...) artigo sexto – A história "sagrada" deve ser chamada pelo nome que merece, a historia "maldita"; as palavras "deus", "salvador", "redentor", "santo" devem ser usadas como insultos, como distintivos para os criminosos (...) artigo sétimo – O resto segue-se daí. O anticristo (...)." NIETSCHE, Friedrich. **O Anticristo**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 126.

[546] Estes não são pensamentos inéditos. A inspiração para esta abordagem surge a partir das leituras de Luc Ferry, Z. Baumann, H. Arendt.

[547] A propósito destas questões, são relevantes as colocações do Professor convidado de historia e filosofia da faculdade de ciências jurídicas da Universidade de Rennes. Partindo dos 'quatro grande doutores' (Tomás, Escoto, Ockham, Suarez), Michel Bastit dirá que "(...) as praticas legislativas de nosso tempo assim como o desprezo ou a adulação que atingem a lei, obrigam-nos a olhar os princípios que lhe presidiram ao nascimento. Se quisermos escapar às discussões internas da modernidade que opõem o utilitarismo ao neokantismo, ou o formalismo à anarquia, devemos mergulhar nas teologias medievais (...)." BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010; Numa linha contrária Locke dirá que "(...) não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade a um homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião. Nem tal poder deve ser revestido no magistrado pelos homens, porque até agora nenhum homem menosprezou o zelo de sua salvação eterna a fim de abraçar em seu coração um culto ou fé prescritos por outrem, príncipe ou súdito." LOCKE, John. **Carta sobre la tolerancia**. Tradução Román de Villafrechós. 2ª ed. Madri: Mestas ediciones, 2005, p. 26/27.

[548] Tendo em conta esta colocação, Will Durant sustentará que seria um prazer "(...) pretender uma sociedade na qual a arte venha a ser mais respeitada do que a riqueza; mas enquanto as nações se

A Arte, assim como se passa com o direito, é resultado da exteriorização de vários saberes, conjugados pelo sujeito sobre um objeto determinado; ela tem mesmo um caráter estético, pois forma ou enforma uma singularidade a partir da modificação do meio[549].

À semelhança dos saberes jurídicos, os saberes artísticos podem ser sistematizados e padronizados, quando, então, se transformam em técnica. A técnica, por seu passo, é um saber-fazer próprio, específico, que se forma a partir do desenvolvimento e aprimoramento de saberes em interação com o meio.

Convém destacarmos que, naturalmente, quando nos lançarmos ao enfrentamento das questões jurídicas temos de utilizar os correspondentes recursos técnicos, até então desenvolvidos.

No entanto, a modificação constante do Direito, e de tudo que o envolve, reclama, por seu turno, novas técnicas, métodos e recursos.

A criatividade, neste ponto, é importantíssima, pois, pelo estímulo da criatividade, poderemos buscar novos meios, mais adequados, à operação do Direito situado ao seu tempo.

---

elevarem e caírem, no fluxo da natural seleção grupal, segundo o seu poder econômico e não artístico, será o poder econômico, e não o artístico, que, por ter maior valor de sobrevivência, receberá os maiores elogios e as maiores recompensas. A arte só pode ser a flor que nasce da riqueza; não pode ser a sua substituta (...) os Médices chegaram antes de Michelangelo (...) mas nos tornamos ricos, e a riqueza é o prelúdio da arte. Em todos os países em que séculos de esforço físico acumularam os meios para que houvesse luxo e lazer, a cultura veio em seguida com a mesma naturalidade com que a vegetação cresce em seu solo rico e irrigado. Ter ficado rico foi a primeira necessidade; também um povo precisa viver antes de poder filosofar. Não há dúvida de que crescemos mais depressa do que em geral crescem as nações; e a desordem de nossas almas é devida à rapidez do nosso desenvolvimento. Somos como jovens perturbados e desequilibrados, durante certo tempo, pelo súbito crescimento e pelas experiências da puberdade. Mas em breve chegará a nossa maturidade; nossas mentes irão alcançar o ritmo de nossos corpos, nossa cultura e nossas posses. Talvez haja maiores almas do que a de Shakespeare, e maiores mentes do que a de Platão, esperando para nascer. Quando tivermos aprendido a reverenciar tanto a liberdade quanto a riqueza, teremos também a nossa Renascença (...).” DURANT, Will. **A História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 441/449.

[549] O artista é aquele que utiliza os seus saberes, conscientes ou não, para interagir e modificar seu meio. Logo, arte é a expressão estética das concepções de mundo do artista. Ainda, sobre as artes liberais, Sêneca saúda o amigo Lucílio e diz o seguinte: “(...) de que me adianta saber lotear um terreno se não sei dividi-lo com um irmão? Para que saber calcular o numero de pés de uma jeira (254 pés de comprimento por 120 de largura) e, ainda, constatar que parte da medida me escapou, se me entristecer ter um vizinho insaciável que subtrai algo que me pertence? Ensinam-me a não perder nada de minhas terras. Eu, no entanto, quero é perdê-la toda com alegria. “mas é da terra de meu pai e de meu avô que me expulsaram (...).” SÊNECA, Lúcio Anneo. **Aprendendo a viver**. Tradução Lúcia Sá Rabello et al. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 87. Em acréscimo, destacamos que “(...) as artes liberais eram divididas em duas categorias. O ‘trivium’ (gramática, retórica e lógica) e o ‘quatrivium’ (geometria, aritmética, música e astronomia), que compreendiam toda a formação humanística romana (...).” SÊNECA, Lúcio Anneo. **Sobre a brevidade da vida**. Tradução Lúcia Sá Rabello et al. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 41.

Tomando em conta o que dissemos, seja no aspecto técnico, ou mesmo no aspecto criativo, acreditamos que a utilização dos recursos artísticos é extremamente salutar na operação do jurídico.

Logo, considerando estes esclarecimentos, defendemos que o Magistrado reconheça a relevância da arte como categoria cognitiva e utilize esse conhecimento no exercício da sua atividade jurisdicional[550].

Deixadas estas colocações, em complemento às nossas reflexões, lançaremos breves ponderações sobre a Metadisciplinaridade (transdisciplinaridade e pluridisciplinaridade).

3.6.2- Metadisciplinaridade (transdisciplinaridade e pluridisciplinaridade)

Convictos de que a fragmentação científica, inclusa nas propostas isolacionistas dos teóricos, não atende satisfatoriamente à busca adequada do saber, neste tópico reafirmamos a necessidade da assunção de uma operacionalidade transdisciplinar (metadisciplinar). Logo, pensamos que a postura teorética deve abandonar o isolacionismo ensimesmado da pesquisa e, passando pela interdisciplinaridade, deve procurar respostas na transdisciplinaridade (poderíamos utilizar metadisciplinaridade, além dos conhecimentos 'disciplinares')[551].

---

[550] Esta aproximação temática, do direito com as artes, foi destacada na obra de Maximiliano. Para o autor "(...) existe entre o legislador e o Juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas, certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade." MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 59.

[551] Segundo Hilton Ferreira Japiassu, a "(...) interdisciplinaridade tem o grande mérito de já ser um 'princípio de organização' dos conhecimentos que modifica os conceitos, os princípios e os pontos de junção das disciplinas, criando assim uma 'coordenação' dos conhecimentos que elas fornecem, tendo em vista uma 'finalidade' conscientemente perseguida, o que implica o recurso a princípios normativos ultrapassando, assim, a concepção meramente empírica das ciências humanas. o que esta em jogo é o 'agenciamento' das disciplinas para uma 'axiomática comum' ou 'objetivo de sistema global': pesquisa de valores, de normas ou de uma politica interdisciplinar que se situa no 'nível retrospectivo', ou seja, dos saberes já constituídos. Torna-se imprescindível, ainda aqui, a intervenção da atividade reflexiva, eminentemente critica, tendo por função não mais agir diretamente sobre o real a ser construído ou sobre a história a ser orientada, mas refletir sobre o sentido dessa intervenção (...)." JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A., 1992, p. 178.

Antes de avançarmos sobre o tema, é relevante assinalarmos que a partir do cientificismo, quando a ciência une-se à técnica em busca de neutralidade científica, se inicia um profundo retalhamento epistemológico e, consequentemente, o surgimento de variados ramos científicos[552].

No momento em que a técnica transforma-se em tecnologia, na procura de cada vez mais precisão, as próprias ciências passam a ser divididas em várias disciplinas (são setores fragmentados de uma dada ciência).

Assim, é o estreitamento no foco contemplativo dos fenômenos que levará os estudiosos à restrição do seu campo de investigação.

Porém, se de um lado essa restrição contemplativa permite a compreensão exata, do ponto de vista tópico, de outro, impede a compreensão de todo o conjunto a que pertence o objeto cognitivo[553].

Para superar essas insuficiências disciplinares é que vão surgir, principalmente a partir do século XX, perspectivas epistemológicas metadisciplinares: *transdisciplinares, multidisciplinares, pluridisciplinares, e interdisciplinares*[554].

---

[552] Não se pode deixar de evidenciar, neste ponto, que "(...) a pretensão universalista do saber científico há muito tempo vem sendo descontruída na medida em que seus argumentos racionais e sua força coercitiva são válidos apenas para alguns domínios cognitivos." MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Tradução Cristina Magro et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 144/145.

[553] Aqui fica uma crítica ao paradigma cartesiano, reducionista, bem como ao positivismo científico oitocentista, os quais delimitaram e isolaram o campo gnosiológico das ciências. Estas aplicações metodológicas proporcionaram um distanciamento nocivo das ciências e das variadas áreas do saber (como se não estudassem partes interconectadas de um mesmo universo integrado). Ainda é possível destacar que essa concepção ultrapassou o campo teórico e desencadeou situações práticas, traumáticas e estigmatizantes. Por exemplo: o distanciamento da dogmática jurídica da ética e da moral possibilitou a ascensão dos regimes totalitários e a eclosão da 2ª Guerra Mundial; a separação entre a saúde física e a saúde psicológica também representou um equívoco da ciência médica; o isolamento da ciência econômica, na prática, se desdobrou em crises de mercado provocadas pelo liberalismo clássico e a suposta autorregulação do mercado livre. Para Ascarelli, inclusive, "(...) no pensamento econômico é superada a presença de uma autorregularão do sistema e negada sua capacidade de conseguir espontaneamente níveis possíveis e desejados. O alcance da distinção entre direito publico e privado, tradicionalmente coordenada com a atribuição somente à iniciativa privada do poder de determinar o equilíbrio econômico, muda quanto a ação publica se expõe como presencia ativa e não somente como garantia da iniciativa privada ou intervenção excepcional (...)." ASCARELLI, Túlio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 145.

[554] Embora tenha em comum uma inclinação para aproximar saberes e tensões cognitivas, cada uma dessas categorias reverá um método próprio para o desiderato conciliatório. Válido, a propósito, é o destaque de Habermas, no sentido de que "(...) quando tomamos consciência de que historia e a cultura são as fontes de uma imensa variedade de formas simbólicas, bem como da especificidade das identidades individuais e coletivas, percebemos, também, pelo mesmo ato, o tamanho do desafio representado pelo pluralismo epistêmico (...)." HABERMAS, Jurgem. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 08.

De um modo geral, o protagonismo científico metadisciplinar nos permite[555] uma visão menos distorcida, e mais nítida, do panorama cognitivo que nos propusermos.

Vê-se que esta questão é mesmo uma das curvas do "espiral histórico", pois revela a busca da *(re)conciliação* de saberes, e pretensões cognitivas, violentamente separadas pelo cientificismo moderno[556].

Vejamos as particularidades de cada uma destas perspectivas cognitivas metadisciplinares.

Inicialmente, a interdisciplinaridade procurará uma aproximação de duas ou mais disciplinas diferentes, permitindo uma troca recíproca de saberes entre elas. Quando passamos a aceitar que a atuação isolada nos restringe da compreensão mais exata do todo, partimos para uma atuação epistemológica interativa, entre disciplinas isoladas. Esse movimento iria despontar nas emergências de novas disciplinas, matizadas por saberes já produzidos pelas antigas disciplinas, isoladamente operadas[557].

De outro turno, na multidisciplinaridade, não há um relacionamento intercambiante das disciplinas. Na interdisciplinaridade, as disciplinas envolvidas se relacionam e trocam saberes, que contribuirão significativamente para todas elas (na interdisciplinaridade, teríamos algo parecido com um conhecido aforismo popular: se dois sujeitos trocam suas únicas laranjas, cada um ficará com uma laranja; mas se trocam suas únicas ideias, cada um ficará com duas ideias).

Na multidisciplinaridade, por outro lado, cada uma das disciplinas envolvidas no processo de conhecimento opera isoladamente, contribuindo, paralelamente com

---

[555] Por um ponto mais elevado, nem tão rasteiro como o serpentear da víbora nem tão elevado como o voo da águia, segundo os ditos de Aristóteles.

[556] Nomes como o da Professora Ivani Fazenda, da PUC/SP, o da Professora Olga Pombo de Portugal, além do Professor Hilton Japiassu, contribuíram significativamente para os avanços nestes campos de estudo.

[557] Podemos citar, dentre outros, os estudos de Bioética, Bioeconomia, que aproximaram saberes aparentemente inconciliáveis, como biologia, ética e economia. Além disso, sobre a reapreciação dos conhecimentos já consolidados, Domenico de Masi sugere que, "(...) em vez de compartilhar a riqueza, até agora temos preferido acumulá-la. Nas escolas de administração americanas e europeias até hoje se ensina a conquistar sempre mais bens e poder, escalar a pirâmide empresarial, acumular e investir (...) em vez disso seria muito melhor se ensinassem como dar sentido às muitas coisas que já possuímos. É inútil comprar novos livros e novos discos se ainda não os lemos ou escutamos (...) em outros tempos os ricos repousavam e os pobres se esfalfavam. Hoje isso se inverteu. Os ricos correm como doidos para cuidar dos seus negócios e os pobres são condenados à inércia do desemprego. E o que é ainda mais grave, um enorme número de trabalhadores é obrigado a desempenhar tarefas que estão nitidamente aquém das suas capacidades. Este é um fato não só aviltante como alienante (...)." DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução Léa Manzi. 5ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 287.

as demais, para o esclarecimento de um dado fenômeno. Cada disciplina oferece sua contribuição, que só será utilizada para outro objeto, ou para outra disciplina, não envolvida naquele processo. Aqui, portanto, não há troca, nenhuma das disciplinas é implementada ou modificada[558].

Já na pluridisciplinaridade, embora se reconheça a atuação de disciplinas num único plano, admite-se a hierarquia entre disciplinas.

A despeito do exposto, pelo que defendemos nesta tese, é na transdisciplinaridade que encontrarmos melhores condições para o exercício cognitivo do Magistrado[559].

Apresentado pela primeira vez por Piaget, no primeiro seminário internacional sobre pluridisciplinaridade e interdisciplinaridade, realizado no início da década de 1970, na França, o termo transdisciplinaridade revela um mecanismo (método ou prática) extremamente eficaz para vencer os entraves epistemológicos da excessiva fragmentação disciplinar.

Superior às demais formas de atuação conciliatória (inter, pluri e multidisciplinaridade), a transdisciplinaridade sugere uma utilização não apenas conjugada, mas, sobretudo, interativa, dos mais variados campos do saber científico.

Um dos principais foros de debate sobre o protagonismo transdisciplinar é o *Centre International de Recherches et d`Études Transdisciplinaires (CIRET*). O *CIRET* foi um dos institutos responsáveis pela elaboração da Carta da transdisciplinaridade, produzida em Portugal, em 1994, inclusive com apoio da UNESCO.

---

[558] Segundo Piaget, multidisciplinaridade será utilizada sempre que, para solução de um determinado problema, precisamos obter informações de duas ou mais disciplinas, sem que as disciplinas envolvidas sejam modificadas ou enriquecidas.

[559] Nesse ponto, de acordo com Morin, "(...) sabemos cada vez mais que as disciplinas se fecham e não se comunicam umas com as outras. Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: façamos interdisciplinaridade. Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende, primeiro, fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras tocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar. Por isso é preciso ir além, e aqui aparece o termo transdisciplinaridade. Façamos uma primeira observação. O desenvolvimento da ciência ocidental desde o século 17 não foi apenas disciplinar, mas também um desenvolvimento transdisciplinar. Há que dizer não só as ciências, mas também 'a' ciência, porque há uma unidade de método, um certo número de postulados implícitos em todas as disciplinas, como o postulado da objetividade, a eliminação da questão do sujeito, a utilização das matemáticas como linguagem e um modo de explicação comum, a procura da formalização, etc. A ciência nunca teria sido ciência se não tivesse sido transdisciplinar (...)." MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2002, p. 135.

O artigo 7º, da referida carta, postula que a transdisciplinaridade não constitui nem uma nova religião, nem uma nova filosofia, nem uma nova metafísica, nem uma ciência das ciências. Já artigo 3º, do mesmo documento, assinala que a transdisciplinaridade não procura a dominação de várias disciplinas, mas a abertura de todas as disciplinas atravessando-as e ultrapassando-as.

O ponto mais relevante, no entanto, é saber que temos de nos ocuparmos mais em organizar e utilizarmos adequadamente os saberes que temos do que buscar a produção de novos saberes.

Vale dizer, talvez, que se nos preocupássemos mais em utilizarmos adequadamente o que temos, em vez de procurar o que, supostamente, não temos, descobriríamos que, de fato, temos muito mais do que acreditávamos ter.

A despeito disso, pensamos que, se tivermos mesmo que buscar novos conhecimentos, numa tentativa de compreensão conciliatória e franca do mundo, dos homens, e de nós mesmos, devemos lançar mão de todos os recursos possíveis às nossas forças intelectuais, sobretudo, os previamente concebidos.

No espectro jurídico, José Adércio Leite Sampaio apresentará o conceito pluridimensional de Constituição, com abertura espacial, temporal e semântica. Segundo o autor, a Constituição é pluridimensional ou compósita porque reúne o texto normativo que se imbrica com a realidade existencial sob a catálise do sentido constitucional militante. O enunciado da norma não é, sem embargo, um *topoi* concorrente com as determinações fáticas. Ele é, ao contrário, guia de conduta cujo conteúdo se desvela no envolvimento da sociedade em caminhar ativamente para a realização do seu desenvolvimento. Não é um fato de expressão público-política, fora da Constituição, se os atores políticos sociais assumirem o compromisso cultural de se desenvolverem nos quadros por ela definidos, de serem 'atores de concretização'. Ela se chama 'pluridimensional' porque resulta da conjugação dialética das dimensões normativa-textual (enunciado de norma), fático-limitador-interativo (a complexidade do real) e volitivo-pragmático (do querer e da ação). Mas também porque admite o pluralismo de projetos de vida boa, sem prévio compromisso com uma determinada 'ideologia' em sentido forte do termo, a não ser a própria 'ideologia da Constituição'[560].

[560] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teorias Constitucionais em perspectiva – Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 54. A propósito destas questões, o Plenário do STF julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental

Bernardo Gonçalves Fernandes, também a propósito do tema, assegura que em tal concepção de Constituição não se perderia a sua característica normativa; ao contrário, a possibilidade de abertura dos significados (semântica) atrairia para a condição de guardiões não apenas os Magistrados, mas todos os cidadãos, diminuindo o hiato que se estabelece entre as normas constitucionais e a realidade social. A postura dinâmica de encarar a norma constitucional autoriza sua leitura através de uma abertura, primeiramente, de ordem espacial (ou seja, não se restringe ao espaço do texto constitucional, mas reconhece normatividade constitucional a outras normas situadas em outros dispositivos infraconstitucionais), e uma abertura temporal (já que a Constituição passaria a ser compreendida com

---

ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial. De acordo com o mencionado aresto, "(...) Demonstrou-se que a Constituição estabeleceria que o ingresso no ensino superior seria ministrado com base nos seguintes princípios: a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola; b) pluralismo de ideias; e c) gestão democrática do ensino público (art. 206, I, III e IV). Além disso, os níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística seriam alcançados segundo a capacidade de cada um (art. 208, V). Exprimiu-se que o constituinte teria buscado temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso à universidade com o princípio da igualdade material. Assim, o mérito dos concorrentes que se encontrariam em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não poderia ser aferido segundo ótica puramente linear. Mencionou-se que essas políticas não poderiam ser examinadas apenas sob o enfoque de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Deveriam, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assentaria o Estado, desconsiderados interesses contingenciais. Dessumiu-se que critérios objetivos de seleção, empregados de forma estratificada em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabariam por consolidar ou acirrar distorções existentes. Nesse aspecto, os espaços de poder político e social manter-se-iam inacessíveis aos grupos marginalizados, a perpetuar a elite dirigente, e a situação seria mais grave quando a concentração de privilégios afetasse a distribuição de recursos públicos. Evidenciou-se que a legitimidade dos requisitos empregados para seleção guardaria estreita correspondência com os objetivos sociais que se buscaria atingir. Assim, o acesso às universidades públicas deveria ser ponderado com os fins do Estado Democrático de Direito. Impenderia, também, levar em conta os postulados constitucionais que norteariam o ensino público (CF, arts. 205 e 207). Assentou-se que o escopo das instituições de ensino extrapolaria a mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de poucos que lograssem transpor seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados. Seria essencial, portanto, calibrar os critérios de seleção à universidade para que se pudesse dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos deveriam ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentariam para intervir nos problemas sociais. Realçou-se que essa metodologia de seleção diferenciada poderia tomar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, para assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade fossem beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, V). Partir-se-ia da premissa de que o princípio da igualdade não poderia ser aplicado abstratamente, pois procederia a escolhas voltadas à concretização da justiça social, de modo a distribuir mais equitativamente os recursos públicos. (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-4-2012, Plenário, Informativo 663.) No mesmo sentido: RE 597.285, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-5-2012, Plenário, Informativo 665, com repercussão geral.

resultado tanto de operações quanto de escolhas de um passado constitucional, religados a um projeto de futuro); ademais, reafirma-se a noção de patriotismo constitucional – como pertencimento de todo cidadão a esse projeto constitucional maior, buscando superar preconceitos e desigualdades sociais por meio da reafirmação de uma solidariedade que permita a coexistência do diferente na sociedade. Finalmente, por não afirmar uma substância de valores rigidamente determinados, permite-se a coexistência de múltiplos projetos de vida boa[561].

Deixadas as ponderações colacionadas acima, avancemos para o apreço da compreensão sistêmica do Direito.

Conclusão

Por tudo que expusemos, dada a importância da utilização variada dos saberes como recurso para a atuação adequada do sujeito cognoscente, em síntese, acreditamos que o Magistrado, ao se ocupar da obra jurídica, deve atuar por todos os saberes, desde os saberes comuns, passando pelas artes e pela religião, até os estritos conhecimentos produzidos no plano da dogmática jurídica.

Estas conclusões, como destacamos, decorrem, sobretudo por considerarmos que o Direito é um produto cultural.

Vimos, inclusive, que poderemos alcançar maiores efeitos cognitivos se, independentemente da classificação que dermos aos saberes, os utilizarmos conjuntamente, preenchendo reciprocamente os espaços deixados, uns pelos outros.

Nesse sentido, acrescentamos que, diante das indefinições sobre os contornos exatos das fronteiras epistemológicas, somadas as inseguranças das ‘certezas’ alcançadas pelas pesquisas, é preciso assumirmos uma postura crítica sobre os saberes científicos, notadamente pelo reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento.

Logo, sugerimos que, não apenas os saberes rotulados como filosófico, mitológico, científico, comum ou religioso, mas todos, inclusive a intuição, merecem prestígio, principalmente no exercício da atividade cognitiva do Magistrado.

---

[561] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 109.

3.7 - Compreensão sistêmica do Direito

Neste tópico, defenderemos que o Magistrado contemporâneo deve reconhecer a condição sistêmica[562] do fenômeno jurídico e das demais projeções fenomenológicas relacionadas com ele.

Acreditamos que pela análise sistêmica, adequadamente distanciado dos fenômenos, o Magistrado poderá contemplar com maior nitidez o(s) contorno(s) e o(s) funcionamento(s) dos elementos cognitivos relacionados ao Direito, sobretudo no âmbito da recuperação judicial[563].

Para fundamentar nossa defesa, assinalamos que o próprio exercício filosófico é sistemático, tendo em vista que todo pensamento se constrói a partir da articulação de dados anteriormente (ou concomitantemente) relacionados. Aliás, não existe saber que não seja produto de uma relação de dados (materiais ou ideais) ou de outros saberes.

Nesse caso, considerando que o alcance de qualquer conhecimento pressupõe referência a outros saberes, a contemplação sistêmica permite a visualização de todo conjunto de saberes interagentes, ligados por um fator comum a todos eles.

Sem dúvida, a análise (recorte) individualizada dos seres, singularmente considerados, nem sempre nos oferece uma compreensão segura e um saber adequado “do” ou “sobre” o ‘ser’. Isso porque os objetos, na maioria das vezes (para não dizer todas) estão em constante mudança, notadamente por causa de sua interação com outros objetos. Logo, pelo que pensamos, aumentar o espectro de recorte, e contemplar conjuntos (sistemas de objetos) em interação é a forma mais segura para o desempenho do exercício cognitivo[564], vale dizer, pela análise do

---

[562] Sistema é uma categoria idealmente forjada para que o sujeito, a partir da compreensão do ser, seja conduzido ao fazer. Ao agir para conhecer, o filósofo (ou qualquer sujeito que protagonize o iter cognitivo) colhe elementos, seja de seu estoque pessoal (seus pré-conhecimentos) ou do ambiente, os (cor)relaciona e, ao fim, produz um saber ou conhecimento novo. A união dos elementos capturados e (cor)relacionados pelo filósofo é que produz o saber.

[563] Nesse ponto, não pretendemos enfrentar questões sobre o modo descritivo, estático, prescritivo, ou dinâmico do saber. Queremos, apenas, apontar que o saber pela atitude contemplativa sistêmica está na origem da própria concepção de agir filosófico.

[564] Sobre a contemplação, é relevante mencionar que a precisão do protagonismo filosófico (contemplação e ação), na sua perspectiva contemplativa, está atrelada ao foco do observador (do filósofo). Nesse caso, assim como se passa em uma câmera de filmagem (abstraindo os recursos tecnológicos de aproximação eletrônica de lentes, como o *zoom*), a nitidez da imagem depende da posição do sujeito em relação ao objeto, cuja imagem pretende capturar. Se estiver muito distante não verá os detalhes, por outro lado, se muito próximo, não apanhará o todo, ou mesmo terá uma

objeto em interação é possível conhecermos mais detidamente suas possíveis formas e conteúdos.

Não obstante a defesa da contemplação sistêmica pelo Magistrado, em acréscimo, convém deixarmos alguns esclarecimentos sobre a teoria geral do sistema, e seus consectários.

3.7.1 - Apontamentos sobre a teoria geral do sistema

De início, se nos atinarmos às origens, veremos que os sistemas encontram suas raízes na cosmologia[565].

Nesse sentido, a compreensão através do *kósmos* (ordem, disciplina, organização) implica reconhecimento de que os seres estão em ordem, em organização, dentro de um sistema[566].

Nota-se, inclusive, que foi dessa perspectiva cosmológica e da ideia de *physis* que grandes pensadores do fim do século XVI, como Descartes e Galileu, promoveriam o florescimento de ciências, na sua acepção clássica, ou seja, como conjunto de saberes ordenados sob um método, teleologicamente projetado ao conhecimento de – e sobre – um objeto previamente (de)finido[567].

Se pela cosmologia chegou-se à certeza de que o cosmos é ordem sistêmica, regida por princípios e regras homogêneas, também se obteve a certeza de que a

---

visão turva, deturpada do objeto. Logo, a captura mais precisa da imagem reclama que o sujeito encontre uma posição (um distanciamento adequado) que lhe permita apreender da forma mais precisa possível o objeto revelado; impõe-se, de fato, o equilíbrio. Em síntese, é o equilíbrio que promoverá o distanciamento adequado para a contemplação. Vale assinalar que a temperança e o equilíbrio são questões há muito desafiadas pelos pensadores. Com efeito, entre as categorias aristotélicas, a virtude, segundo Aristóteles, estaria no meio. Nesse caso, o homem deveria buscar a virtude. A virtude radicar-se-ia, no equilíbrio, no meio termo, "(...) em todas as coisas o meio termo é digno de ser louvado, mas às vezes devemos nos inclinar no sentido do excesso e outras no sentido da falta, pois assim chegaremos mais facilmente ao meio termo e ao que é certo (...)." ARISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 55.

[565] A cosmologia, manifestada desde a fase embrionária da atitude filosófica grega, é uma perspectiva sistêmica de contemplação e compreensão do ser, ou seja, a busca pela verdade e pelo saber operou-se, desde o florescimento do pensamento grego, através de sistemas. Sobre Aristóteles e a primeira sistematização ocidental do saber, indicamos a seguinte leitura: REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 1: Filosofia pagã antiga. Coleção história da filosofia. Tradução Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2003, p. 184.

[566] Associado à "physis" (do Latim PHYSICA, "estudo da natureza", do Grego PHYSIKE EPISTEME, "conhecimento da Natureza", de PHYSIKOS, "relativo à Natureza", de PHYSIS, "Natureza"), o "kósmos" (do Grego) passa a ser tomado como organização do universo e da natureza, mas, na essência, é apenas ordem, disciplina, organização.

[567] Cumpre lembrar que Descartes e Galileu (seguidos por nomes como Newton e Einstein) assumem papel fundamental na assunção de uma nova postura cognitiva (agir filosófico – na essência, sem dúvida – mas de um modo particularizado de atuação).

razão e o pensamento estariam em ordem, submetidos a princípios e regras homogêneas[568].

Deixados estes esclarecimentos, convém assinalarmos algumas questões sobre uma teoria geral do sistema, propriamente dita.

É preciso deixar claro, desde já, que a teoria geral dos sistemas sugere regras e procedimentos padronizados, comuns a todos os sistemas, independentemente da qualidade dos elementos que o compõem.

Advinda da cibernética, já no período da pós-modernidade, essa teoria foi largamente utilizada no campo da biologia, principalmente pelos estudos de Humberto Maturana e Francisco Varela, a partir da teoria dos sistemas autopoiéticos[*569*].

No que se refere ao tema, merecem nota as reflexões do Willis Santiago Guerra Filho, sobre as contribuições epistemológicas no campo da matemática[570] para o desenvolvimento da teoria autopoiética dos sistemas[571].

---

[568] Acreditava-se, assim, que, ao pensar, o homem é capaz de "identificar" os seres e, portanto, de seccioná-los do meio em que estão. Por essa atividade mental de identificação seria possível apreender o ser, isolado do todo, e decotado do ambiente. A principal característica desta operação é a capacidade de diferenciar uma afirmação de uma negação. Pela negação e pela afirmação, dizendo o que é e o que não é, podemos reconhecer a singularidade dos seres, e de nós mesmos; só nesse jogo de afirmações e negações podemos distinguir algo dentro do 'todo' indistinto. Repare, inclusive, que a identidade, a diferença, a contradição, e a alternativa, são as regras que regem o pensamento, é o fundamento primeiro do que viria a ser a lógica.

[569] No que se refere à autopoiese dos sistemas naturais, aliás, ressalte-se que o neurobiólogo chileno Humberto Maturana, juntamente com seu compatriota, o filósofo e biólogo Francisco J. Varela é o responsável pela criação da Teoria da Autopoiese (Teoria da Autopoiese da Biologia do Conhecer). Para eles, os sistemas biológicos seriam sistemas autopoiéticos, pois fechados em si mesmos, além de autoconformadores dos seus elementos. Nos sistemas autopoiéticos fechados não há alteração na ontologia sistêmica por outros sistemas, ou mesmo pelo ambiente em que o sistema está posto. Os princípios elementares da teoria autopoiética radicam-se no livro *Princípios de Autonomia Biológica*, publicado por Varela em 1979. Sobre estes pontos, Fernando Rister acrescentará que "(...) a *autopoiesis* promove um filtro nos subsistemas sociais pelo qual nem todas as comunicações passam. Quando entram, irritam o ambiente. Eles são chamados de sistemas operacionalmente fechados; entretanto, por exigirem troca de dados entre os ambientes distintos de outros sistemas, são classificados de sistemas cognitivamente abertos. Sua epistemologia produz uma razão interna, busca-se integrar o sujeito e o objeto descrito, consequentemente a sua complexidade é reduzida. A grande alteração, quando se compara com a sociologia tradicional, é a do padrão sujeito-objeto. A teoria dos Sistemas, por isso mesmo, tem um foco diferente da aplicada à época, anos 70, à Teoria do Direito e à Sociologia (...)." LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

[570] A respeito da matemática e das questões que envolvem a memória, Agostinho assinalou que "(...) a memória contém as razões e leis infinitas dos números e dimensões, e nenhuma dessas ideias foi impressa em nós, pelos sentidos do corpo, porque não são nem coloridas, nem sonoras, nem têm cheiro, nem gosto, nem são tangíveis. Ouço, quando se fala, os sons das palavras que as exprimem; mas uma coisa são os sons, e outras muito distintas são as ideias que eles significam. As palavras soam de um modo em grego e de outro em latim; mas as ideias nem são gregas, nem latinas, nem de nenhuma outra língua. Vi linhas traçadas por arquitetos, tão finas com um fio de aranha. Mas as linhas geométricas não são a imagem das que meus olhos carnais me revelaram. Para reconhecê-las não há necessidade alguma de se pensar em um corpo qualquer, pois, é no espírito que as

Segundo Willis, a despeito dos avanços epistemológicos[572], através dos paradoxos[573] e aporias, mesmo na matemática, a perspectiva sistêmica fechada e autopoiética não se sustentaria[574].

Fundamenta-se que se o sistema é autoconsistente, então, necessariamente, existirão proposições que não podem ser nem provadas nem rejeitadas por este próprio sistema axiomático. Logo, se o sistema for completo, então ele não poderá validar a si próprio; seria, portanto, inconsistente[575].

Após esta verdadeira crise da matemática, uma tentativa de *(re)construção* de suas estruturas viriam com George-Spencer Brawn, e seu livro *Leis da Forma*[576].

Willis lembra que essa obra teria grande influência para a construção das teorias autopoiéticas de Humberto Maturana e Francisco Varela, no campo da

---

reconhecemos. Também conheci os números com que contamos pelos sentidos do corpo: mas bem diferentes são os números ideais, os quais não são imagens dos primeiros, possuindo por isso mesmo um ser muito mais excelente. Ria-se de mim quem não pode conceber esses números, que saberei compadecer-me de sua zombaria (...).” SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Rio de Janeiro: Saraiva, p. 288. Sob o mesmo enfoque, Aristóteles advertiu que, “(...) enquanto outros animais vivem com imagens sensíveis e com recordações, e pouco participam da experiência, o gênero humano vive também da arte e de raciocínios. Nos homens, a experiência deriva da memória. De fato, muitas recordações do mesmo objeto chegaram a constituir uma experiência única. A experiência parece um pouco semelhante à ciência e à arte. Com efeito, os homens adquirem ciência e arte por meio da experiência. A experiência, com diz Polo, produz a arte, enquanto a inexperiência produz o puro acaso. A arte se produz quando, de muitas observações da experiência, forma-se um juízo geral e único passível de ser referido a todos os casos semelhantes(...).” ARISTÓTELES**. Metafísica**. V. II. São Paulo: Loyola, 2002, p. 7.

[571]Esta abordagem, dentre outras, ganhou inspiração a partir das aulas e estudos do Professor Willis Santiago Guerra Filho, durante os créditos do curso de doutoramento na PUC/SP. Para aprofundamento das reflexões indicamos a seguinte leitura: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193 e segs..

[572] Em busca de uma unificação epistemológica na matemática, a partir do que lhe seria comum, Boubarki (Nicolas Burbaki, pseudônimo coletivo de grupo de matemáticos, americanos e franceses) tomará o método axiomático como paradigma principal do conhecimento matemático. Contudo, a mera unidade metódica, neste caso o método axiomático da matemática, por si mesma, não é capaz de conferir uma unificação epistemológica. Assim como a unidade metódica não unifica a matemática, o método experimental não é capaz de unificar as ciências empíricas.

[573] A partir dos paradoxos a matemática passaria a ser verdadeiramente crítica e dialética. O filósofo e matemático suíço, Andreas Speiser, aluno de grandes pensadores, como David Hilbert, Felix Klein e Hermann Minkowski, é um dos principais responsáveis por essa virada no campo do saber matemático. Ademais, desponta, no campo da matemática, principalmente a partir dos estudos do matemático austríaco Kurt Friedrich Godel, e seu teorema da incompletude, a necessidade de se forjar uma linguagem que estivesse acima da linguagem matemática, e que passaria a se chamar metamatemática.

[574] Algumas perguntas ficariam sem resposta. Por exemplo: Como conceber o conjunto de todos os conjuntos sem ser um elemento de si mesmo? Paradoxos como este levariam B. Russel a criar a “teoria dos tipos”, no campo da lógica matemática. O teorema da incompletude demonstra que qualquer sistema axiomático suficiente para incluir a aritmética dos números inteiros não pode ser simultaneamente completo e consistente.

[575] Sobretudo no campo da matemática, além dos estudos Godel, as contribuições de Escher e Bach sobre a questão são dignas de destaque. Estes pensadores, inclusive, formariam uma trilogia genial, comumente conhecida pela sigla GEB, formada pelas iniciais de seus nomes.

[576] Este livro, publicado no final da década de 1970, lançaria notas filosóficas para a busca do conhecimento matemático.

biologia, de Niklas Luhmann, no campo da sociologia[577], e de Gunter Teubner[578], discípulo de Luhmann, no campo do Direito[579].

Maturana e Varela demonstrariam que a nota fundamental de todo sistema autopoiético é a divisão entre os elementos que fazem parte, e os elementos que não fazem parte do sistema; estes últimos pertencentes ao ambiente, ou a outro sistema.

Segundo essa ideia, é o próprio sistema, autorreferenciadamente, que opera a distinção ou *(re)conhecimento* dos seus elementos, de acordo com as entradas e saídas, no próprio sistema.

Logo, para que o sistema possa continuar infinitamente conhecendo e distinguindo os elementos, deve prosseguir *(re)introduzindo* distinções na distinção.

Em nós humanos, essa operação autorreferente do sistema pode ser notada, por exemplo, quando nos colocamos diante de um dado objeto, e passamos a descrevê-lo. Ao observarmos e descrevermos um objeto, também descrevemos a nós mesmos, considerando que temos por referência os paradigmas axiológicos que compõe o nosso ser cultural. Nesse caso, quando dizemos, por exemplo, que um objeto é feio ou belo, indicamos, concomitantemente, o que é feio ou belo para nós[580].

Embora a autorreferência discursiva do sistema seja, aparentemente, contraditória e paradoxal, o que poderia nos levar à sua rejeição, nos apoiamos em Willis Santiago Guerra Filho para sustentar, nesta tese, sua utilização no plano jurídico.

---

[577] Sobre sistemas abertos, recomendamos a seguinte leitura: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009, p. 59.

[578] Para aprofundamento dos estudos do direito como sistema autopoiético, indicamos a seguinte leitura: TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 53.

[579] É justamente Brown que irá colocar um quarto "elemento imaginário" no teorema de Boole e apontar caráter autorreferencial do sistema. Por atuar em diversos campos do conhecimento, como na área da psicanálise, da pedagogia, da poesia, além da própria matemática, o pensamento de Spencer-Brown acaba por apresentar uma perspectiva plural e contemplativamente mais elevada na tomada do conhecimento. Exemplo marcante dessa nota de Brown, e seu pensamento plural, e ao mesmo tempo paradigmático, pode ser extraído das artes plásticas do holandês Maurits Cornelis Escher, com suas litografias e xilogravuras, matematicamente concebidas.

[580] O juízo de gosto é como uma substância química que tinge a água incolor, e define, com evidência, os contornos da personalidade, da essência do sujeito. Metaforicamente, quando escolhemos algo ingerimos uma espécie de contraste, que define nossos contornos dentro da imensidão oceânica do espírito. Outras possíveis colocações são as seguintes. É, principalmente, dizendo das coisas que dizemos de nós mesmos; é na escolha que se conhece o escolhedor; é mirando que se mira; conheço-te, por sua escolha; a escolha revela o ser, é a exteriorização do gosto o veículo da essência.

Nesse aspecto, Willis, em apoio à Varela, sustenta que podemos acatar a autorreferência discursiva sem maiores prejuízos à razão, pois, assim como conferimos liberdade para que o discurso possa referir-se a si próprio, encontrando a circularidade contraditória da autorreferência, também poderemos conferir autonomia para a criação de um novo domínio discursivo, vencendo, assim, o paradoxo da referência.

Aliás, é no paradoxo da dialética, por exemplo, que avançamos para a síntese.

Dito isso, avançaremos para a análise sistêmica do Direito.

3.7.2 - Análises do Direito como sistema

O ordenamento jurídico é um sistema[581] composto por textos jurídicos, que integram um mesmo contexto[582].

Logo, por serem elementos sistêmicos, os textos normativos devem ser contextualizadamente compreendidos[583].

---

[581] Certamente, o ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema. E, segundo Bobbio, "(...) sistema é uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação." BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 71.

[582] Para Luhmann, como aponta Lima, "(...) de acordo com a teoria sistêmica da sociedade, o discurso do legislador se organiza em sistema. Assim, mesmo que as unidades normativas exercessem papéis diferentes, todas elas ostentariam idêntica estrutura formal. Os sistemas constituem uma distinção entre o interno e o externo do sistema social global, e a sua ordem se forma à medida que consegue reduzir a complexidade do seu ambiente social. Eles utilizam a criação de estruturas. Uma delas são os procedimentos. Por estes, generalizam as expectativas de comportamento. Assim, diminuem as possibilidades, por conseguinte, reduzem a complexidade social. Isso porque o sistema adquire uma identidade que exclui as outras hipóteses de variações. Em verdade, delimita-a, provoca uma seletividade no ambiente que sofrerá a influência da comunicação concebida pelo sistema. No ambiente social do subsistema parcial do direito, por meio da comunicação jurídica, o próprio sistema jurídico produz uma norma geral, cujo conteúdo é a previsão das espécies de procedimentos que podem ocorrer (...)." LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

[583] Vale acentuar, em acréscimo, que "(...) todo sistema jurídico tem de lidar com a violação de suas normas. Estabelecer, juridicamente, padrões de conduta importa prever, naturalmente, modelos de comportamento que distem desses padrões. O ilícito, nesse sentido, é uma reação, juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras. Sob certo sentido, o direito, como fenômeno normativo, não pode prescindir da ilicitude, porque ela preserva a integridade do sistema, ao prescrever reações contra as ações ou omissões que transgridam as referências normativas adotadas. Com efeito, o ilícito reforça as pautas de valor situadas no vértice do sistema, ao 'agir' contra os padrões de conduta destoantes daqueles

A análise sistêmica do direito reclama, antes de tudo, algumas ponderações sobre a teoria dos sistemas sociais[584].

A propósito, a compreensão da sociedade a partir da teoria dos sistemas foi pioneiramente apresentada por Niklas Luhmann[585], que, apropriando-se dos estudos prévios de Maturana e Varela, adaptou a teoria para as ciências sociais.

Embora não se dediquem exclusivamente ao campo do Direito, os estudos de Luhmann[586], que vão desde política, economia, religião, comunicação, até artes e ecologia, são relevantíssimos para a compreensão não apenas sistêmica, como também discursiva, da sociedade como um todo.

Luhmann, que foi discípulo de Talcott Parsons, tal como ele, defende uma atitude teoricamente generalizante, ou uma "grande teoria"[587].

Na realidade, esta perspectiva de Luhmann, embora esteja em sintonia com o que pensamos sobre a operabilidade plural e interativa dos saberes, não se afina com nossas convicções sobre linguagem, vale dizer, diferentemente do que pensamos, não encontramos nos conceitos de Luhmann a necessidade da assunção de metalinguagens narrativas.

---

incorporados a determinado sistema jurídico(...)." NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 125.

[584] Sobre os sistemas atuais do direito, indicamos, ainda, a seguinte leitura: ASCENSAO, José de Oliveira. **O direito. Introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 2ª ed. brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 127/153.

[585] No que se refere aos sistemas como diferenças, recomendamos a seguinte leitura: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009, p. 80.

[586] De acordo com as concepções de Luhmann, além do mais, "(...) os procedimentos judicialmente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas. Ou pelo menos adornam a fachada desses sistemas: porém, para o conteúdo das decisões, adquirem um significado semi-indefinido, difícil de avaliar, ainda que determinado por critérios objetivos. Para pensadores liberais da teoria do Estado, os regulamentos do procedimento legal podiam constituir a existência do Estado e direito, embora não pudessem decidir por uma renúncia consequente aos critérios reais da correção da decisão: assim, o peso relativo das premissas reais e procedimentais de comportamento permaneceu um problema." LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 17; No mesmo sentido, Nascimento assinala que "(...) as exigências complexas de legitimação procedimental e deliberativa para validade das normas jurídicas incluem e ultrapassam a critica da sua validade ética. O controle de correção do Direito passa pela verificação do modo como são combinados, de um lado, os interesses parciais afirmados, estrategicamente, nos grupos que têm acesso ás instancias formais de deliberação (no executivo e no legislativo) e normalmente canalizados na politica partidária e, de outro, o interesse público, universalizável e disperso. Para explicitar o interesse publico os processos deliberativos precisam resgatar princípios universalistas de justiça, diluídos no mundo da vida, onde também pontificam valores particulares, ou seja, não elimina nem dispersa uma tarefa de seleção de valores e também não se dissocia da realidade empírica." NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118.

[587] Convém descaramos, no entanto, que a teoria de Luhmann foi acentuadamente influenciada pela teoria estruturalista-funcional de Talcott Parsons, seu professor na década de 1960.

Assim, por entendermos que a assunção do modelo sistêmico não dispensa a utilização de uma metalinguagem (linguagem conciliatória) para compreensão fenomenológica, aceitaremos as sugestões de Luhmann com algumas ressalvas.

Deixadas estas advertências, a modernidade revelou uma sociedade fragmentada em diversos subsistemas sociais especializados, como a ciência, o Direito, a política, a religião, a econômica, entre outros; cada um desses fragmentos sistêmicos, conforme a teoria citada, teria suas próprias relações e linguagens, notadamente pelo processo de codificação[588].

Para Rafaele Di Giorgi, inclusive, os sistemas das sociedades modernas são diferenciados conforme suas funções, ou seja, cada sistema desempenha exclusivamente suas funções e não pode ser substituído por outros.

Com relação ao sistema jurídico, sua unidade sistêmica decorre da especialidade funcional, ou seja, ele é uno, independentemente da variabilidade das normas eventualmente produzidas em diversos contextos[589].

Em síntese, as normas componentes do sistema têm identidade entre si, gozando de um caráter de homogeneidade. Assim, essa identidade da esquematização formal admite que as normas sejam concebidas em fórmulas

---

[588] Sobreleva notarmos que, segundo Zippelius, "(...) a tarefa de alcançar uma cooperação óptima dos subsistemas e em especial de encontrar o melhor modo possível de repartição das decisões a tomar de forma centralizada ou descentralizada coloca-se não apenas dentro da organização do estado, mas também na relação entre regulação estatal e auto-regulação privada. Portanto, tem de se encontrar também uma justa medida para a regulação dos interesses públicos, por um lado, e a defesa equilibrada de interesses privados, por outro(...)." ZIPPELIUS, Heinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 26.

[589] Conforme ressaltou Fábio Ulhoa Coelho, "(...) O sistema jurídico é produto de múltiplas determinações, que não se conciliam no plano da lógica. Em outros termos, como não pode dispensar nem positivistas nem jusnaturalistas, o direito carece de identidade lógica: é e não é a lei. A rigor, se o direito transcende a lei e, ao mesmo tempo, reduz-se a ela, só um pensamento dialético (no sentido hegeliano-marxista, que de lógico-formal não tem nada) pode compreender seu funcionamento e apontar na 'ideologia' algum indício de unidade." COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107. Conforme as lições de Vilanova, de outro passo, "(...) sistema jurídico é sistema aberto, em intercambio com os subsistemas sociais (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referencial desses subsistemas que entram no sistema-direito através dos esquemas hipotéticos, os 'descritores' de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a 'função prescritora' da norma de direito (...)." VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Ed. Max Limonad, 1997, p. 180; Sobre sistemas jurídicos, confira, ainda: RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. No livro se investiga três problemas: o que significa afirmar ou negar a existência de um sistema jurídico? Como é possível determinar se uma lei pertence a certo sistema jurídico? Que espécie de estrutura tem os sistemas jurídicos, isso é, quais são as relações necessárias que existem entre as suas leis?

deônticas, independentemente do modo descritivo ou informativo adotado pelo construtor da regra[590].

Além disso, Luhmann apresentaria uma diferença entre o ambiente circundante e o sistema. Para ele, todo sistema é operacionalmente fechado, e organizado por um código próprio, que o decota do mundo que o envolve[591].

Seguindo a linha defendida por Luhmann, não haveria comunicação entre os sistemas e os seus ambientes, daí evocar a *autopoiesis*[592].

Logo, todos os eventos externos seriam codificados e traduzidos pela linguagem própria do sistema. É justamente este código que promoverá a organização sistêmica e a sua singularidade diante dos demais. Nota-se, portanto, que há uma diferenciação funcional binária que divisa o sistema do ambiente[593].

No entanto, o ajustamento sistêmico carece do acoplamento estrutural, operado por irritações fenomenológicas entre todos os sistemas, ou seja, os fenômenos sistêmicos irritam outros sistemas que reagem aos estímulos, provocando sua modificação[594].

---

[590] Ressalte-se que, segundo Kelsen, todas as normas do sistema convergem para um só valor, o qual dá fundamento de validade às construções positivas; trata-se da norma hipotética fundamental. Esta referência confere caráter unitário e sistêmico ao conjunto de normas.

[591] Luhmann dirá, a propósito, que "(...) um sistema social ou estabelece suas próprias delimitações não e satisfaz com a simples dicotomia entre comportamento conforme e comportamento divergente; ele tem que dispor de uma definição de sentido que permita esperar um comportamento ambiental que, porem, não é normatizado (...)." LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 140.

[592] Pela teoria autopoiética, com apoio nas pesquisas neurofísicas, Maturana e Varela, sustentariam que todo sistema físico possui um circuito interno e fechado, que promove a interação dos elementos que o constitui. Assim estes sistemas podem se auto-organizar e se autoproduzir. Além disso, o sistema interage com o seu ambiente, mantendo um processo de acoplamento estrutural. Sobre o acoplamento estrutural e a linguagem, recomendamos a seguinte leitura: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009, p. 271.

[593] Uma das características mais relevantes de um sistema "(...) é sua relação com a complexidade do mundo (...) por complexidade deve entender-se a totalidade de possibilidades que se distinguem para a vivência real – quer seja no mundo, (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema). Para cada construção dum sistema é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita um número limitado de possibilidades e as leve a cabo. Os sistemas constituem uma diferença entre interior e exterior, no sentido duma diferenciação em complexidade, ou ordem (...)." LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 39.

[594] Nesse sentido, como aponta Lima, a própria Constituição, de acordo com Luhmann "(...) é produto de um acoplamento estrutural entre os subsistemas do Direito e da política; o poder político se expressa no Direito, e esse lhe dá efetividade (...) a Constituição Federal, enquanto acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exlui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico." LIMA,

Do ponto de vista jurídico, ante a falta de previsibilidade fenomenológica, o Direito teria de conferir estabilidade às expectativas de comportamentos na sociedade[595]; este propósito seria alcançado quando a ordem jurídica previsse condutas cujas realizações seriam esperadas por todos os sujeitos da sociedade[596].

Sobre o sistema jurídico, Willis[597] dirá que ele é um dos sistemas funcionais do sistema social global, com a tarefa (objetividade) de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social. Esta absorção se dá pela garantia de certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepção; essa generalização fornece uma imunização simbólica de expectativas, contra outras possibilidades, ou seja, neutraliza expectativas contrárias a outros comportamentos[598].

Além disso, a tarefa imunizante do Direito é realizada não pela negação de conflitos (contra os conflitos), mas sim "com" (a partir) dos conflitos[599].

Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009, p. 31.

[595] Com efeito, "(...) aquilo que é muito celebrado raramente preenche a grande expectativa. Nunca o real pode alcançar o imaginado, porque devanear perfeiçoes é fácil, difícil é consegui-las (...) o casamento da imaginação com o desejo concebe as coisas sempre muito melhores do que elas são de fato. Por maior que seja a capacidade, ela nunca será suficiente para satisfazer o preestabelecido, e aqueles que foram enganados pela expectativa exagerada são levados mais rapidamente à decepção do que à admiração. A esperança é uma grande falsária da verdade; o bom sendo deve corrigi-la, procurando que a fruição seja maior que o desejo (...)." GRACIÁN, Baltasar. **A arte da prudência**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 31.

[596] Embora esta estabilidade seja saudável, é de se ponderar que as expectativas são contrafáticas, vale dizer, estão no plano das idealidades, do que deve ser. Ainda sobre a questão das expectativas, Luhmann constatará que "(...) o fato de que as expectativa se sobrepõem, formando conjuntos imperscrutáveis de refeições, pode ter sua raiz na casualidade dos contratos humanos (...) a função da complexidade dessas estruturas é a de aumentar a complexidade dos sistemas físicos e sociais, aumentar o âmbito da experiência e da ação expectáveis de forma a adequar-se a um mundo complexo, com múltiplas situações e exigências instáveis." LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 50.

[597] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

[598] O sistema jurídico é o sistema imunológico das sociedades, imunizando-as dos conflitos entre seus membros, surgidos nos outros subsistemas, endossociais (político, econômico, familiar etc.). Assim também se passa com os sistemas vivos, quando muitas doenças são imunizadas pelos seus próprios germes causadores. Nesse ponto, convém fazer uma referência aos significativos avanços da medicina no tratamento dos sistemas imunológicos, inclusive os últimos tratamentos contra o câncer.

[599] Para Willis, a complexidade da realidade social, com sua extensa contingência é reduzida pela construção de uma "pararrealidade - *wirklichkeits*" codificada a partir do esquematismo binário. Para Luhmann, o objeto da ciência do direito não é a realidade do direito, mas sim uma realidade simbólica. Constrói-se uma pararrealidade (*wirklichkeitskonstrucktionen*), sobre, ou ao lado, da realidade propriamente dita (*Realität*). Esse método é usado pelo sistema nervoso; permite ao homem realizar prognósticos e tomar decisões complexas; por não lidar com dados brutos, mas com dados já elaborados. No caso do direito, esse código binário é "direito/não direito – *Recht/unrecht*" ou lícito/ilícito, é utilizado como ferramenta de previsão (eleição, escolha) dos conflitos que serão conflitos para o direito, subordinando-os às soluções que são conforme do direito.

Ressaltamos, ainda, que o sistema jurídico é autopoiético e fechado, logo demarca seu limite, autorreferencialmente, na complexidade própria do meio ambiente. Essa demarcação se dá pelo reconhecimento dos elementos que só ele produz, vale dizer, quando confere qualidade normativa (validade) e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre elementos, acontecem.

A despeito do exposto, Willis ainda assinala que a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos é uma aquisição evolutiva da sociedade pós-industrial, tendo sido modelada no intuito de descrever a sua realidade (virtual). Ela substituiu a oposição epistemológica "sujeito X objeto" (abordagem objetivo-teorética) pela diferenciação funcional "sistema X meio" (abordagem diferencial-teor-ética) e considera como seu objeto não o ser humano, mas o intercâmbio de comunicação, gerando, assim, a arquitetônica conceitual mais adequada para a sociedade informacional da era pós-moderna; isso se passa logo que a teoria dos sistemas autopoiéticos pretende aprimorar os instrumentos de auto-observação - da comunicação com a sociedade acerca da sociedade[600].

Em seguida, Willis acrescenta que justamente por isso a concepção de ordem jurídica, como um sistema autopoiético, não se ajusta à realidade dos setores pré-modernos ou tradicionais (periféricos) das sociedades ou grupos sociais, notadamente pelo baixo nível de integração social.

Porém, como a ordem jurídica não é somente uma realidade (*um Sein*), mas também uma idealidade (*um Sollen*), a teoria do sistema jurídico autopoiético fornece uma importante contribuição acerca das possibilidades do Direito na periferia da sociedade mundial (pós-moderna), ou seja, sobre como ela poderia – e com não deveria – ser. Nesse caso serviria ao uso crítico (normativo) desse tipo de estudo sociojurídico (descritivo e construtivista)[601].

---

[600] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

[601] Willis acentua, neste aspecto, que, sobre o problema de falta de ajuste da teoria autopoiética às realidades periféricas e pré-modernas, Luhmann sustentará que a sociedadepós-moderna depende de processos autorregulativos mais de que qualquer outra sociedade; nesse caso ela não pode suportar um alto grau de integração social. Assim, passou a distinguir "integração" – limitação da liberdade de agir em razão do *status* e papéis sociais decorrentes da integração – de "inclusão". Adotando o esquema "inclusão/exclusão" como um "metacódigo" que mediatiza a aplicação dos códigos de todos os subsistemas sociais – a exclusão de um sistema funcional impede a inclusão de outros. Assim, em relação ao direito, os excluídos é que estão mais integrados à sociedade, ainda que de forma negativa, pois eles é que podem menos. Em contrapartida, a inclusão possibilita uma integração menor, ou seja, maior liberdade, e dessa forma ela se adequa à logica da diferenciação funcional. A diferenciação funcional exige um acoplamento frouxo (*loose coupling*) entre os sistemas funcionais, o corte de vínculos entre os diferentes papéis sociais – aí aparecem possibilidades de violações da lei e corrupção. As possibilidades trazidas pela inclusão podem ser convertidas em

Alguns dirão, aliás, que o conceito de autopoiese não passa de um eufemismo para se referir à exploração do mais fraco pelo mais forte.

Sobre isto, Willis rebate dizendo que a crueldade não é da teoria, mas da situação que ela, corretamente, descreve, sem que com isso seu autor se torne um cínico.

Para Willis, a teoria deve ser utilizada como uma "prototeoria", ou seja, um corpo de ideias que podem servir de ponto de partida para diferentes concepções da realidade e possiblidades sociais. Segundo ele, esse tipo de teoria sociológica do Direito representa uma tentativa de escapar da presente "exaustão de paradigma" nessa área – e, por último, ela proporciona uma abertura para um diálogo interdisciplinar, sem precedentes[602].

Portanto, considerando as colocações lançadas acima, reafirmamos nossa defesa para que o Magistrado adote a perspectiva sistêmica na contemplação fenomenológica do Direito[603].

Além do mais, defendemos que a Constituição Federal de 1988 deve ser uma referência na concepção sistêmica do Magistrado[604].

É a Constituição, como notamos pela etimologia, que irá não apenas conformar o Estado Democrático Direito, mas indicar os destinos que temos de tomar para garantir sua subsistência[605].

---

vantagens pessoais, melhores posições e impulso na carreira profissional (Luhmann das rechat der gesellschaft). Ibid., p. 237.

[602] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239.

[603] Podemos observar que "(...) a ideia sistêmica, em permanecendo 'teórica', não afeta o paradigma de separação/simplificação que julga superar julgando superar a atomização reducionista; pelo contrário, seu 'holismo' torna-se reducionista por redução ao todo. Só no nível paradigmático, em que desabrocha verdadeiramente sua complexidade virtual, a sistêmica poderia abrir-se para uma nova organização (complexa) do pensamento e da ação(...)." MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 165.

[604] Nesse contexto, de acordo com as advertências de Sales, ademais, "(...) o processo hermenêutico, no que diz respeito à Constituição, serve para garantir a consecução da realidade constitucional do Estado democrático de Direito. Deve ser assegurada a inexistência de normas constitucionais reduzidas a simulacros, destituídas de significação social, política e jurídica. Se o Direito deve ser a expressão da justiça, a Constituição deve ser a mais condensada expressão dessa justiça, para um povo, Estado e nação. Sua linguagem deve ser acessível e sua utilização deve ser partilhada por todos, indistintamente (...)." SALES, Gabriela Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p. 212.

[605] Constata-se, inclusive, que "(...) todo sistema jurídico tem de lidar com a violação de suas normas. Estabelecer, juridicamente, padrões de conduta importa prever (...) modelos de comportamento que distem desses padrões. O ilícito, nesse sentido, é uma reação juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras." NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 125.

Nesse passo, não obstante sejam subsistemas autônomos, a política e o Direito necessitam de aproximação. Esta aproximação, de acordo com Luhmann, se dá, justamente, pela Constituição[606].

Logo, a Constituição ao mesmo tempo em que separa o Direito da política, os aproxima, numa perspectiva de interatuação sistêmica[607].

Não há dúvida, portanto, que Constituição é a grande responsável pelo acoplamento estrutural entre o jurídico e o político (dois subsistemas). É ela quem promove a juridicização de relações políticas e mediação da interferência do Direito na política e da política no Direito; esta promoção se dá, inclusive, quando condiciona as transformações das estruturas de poder aos procedimentos de mutação previstos em suas normas[608].

---

[606] No mesmo sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes lembra que no sistema do Direito, constituição passa a ser o vetor de ordenação do código Direito/não Direito, atuando para fundação de validade do Direito, e permitindo que ele se feche em relação ao seu ambiente. Assim, a moderna ideia de Constituição permite a autofundação do Direito sem que haja necessidade de reclamar elementos externos ao próprio Direito, como se passava com a tradição do Direito natural. No sistema da política a constituição opera como elemento legitimador da vontade política, justificando-a e desamarrando-a da vinculação a fundamentos éticos, religiosos, econômicos, morais, entre outros. Em síntese, para Luhmann a constituição é um elemento funcional na estruturação tanto do sistema político quando do sistema jurídico. Esta comunhão não significa que ambos a compreendam com o mesmo significado. Para a política a constituição é elemento de legitimação da vontade soberana (...) a Constituição é elemento de fundação de suas normas, sem recurso a um suposto Direito natural (...).” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 87-88.

[607] Giancarlo Corsi assegura que esta ligação entre direto e política dar-se-ia por um acoplamento estrutural, entendendo-se esses como dois diferentes subsistemas da sociedade atual. “(...) com essa formulação pretende-se descrever as situações nas quais dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), especificam, de modo extremamente circunscrito e seletivo, as possibilidades de se irritarem reciprocamente; no nosso caso basta pensar na legislação como constante fator de irritação do Direito por parte da política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política, numa tentativa de resolver (ou esconder) os seus problemas (...) o problema da soberania popular e o problema da positivação (autodeterminação do Direito).” CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Tradução Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 39, 2001, p. 172.

[608] Repara-se, como apontou Luhmann, que “(...) os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas. Ou pelo menos adornam a fachada desses sistemas; porém, para o conteúdo das decisões, adquirem um significado semi-indefinido, difícil de avaliar, ainda que determinado por critérios objetivos. Para pensadores liberais da teoria do estado, os regulamentos do procedimento legal podiam constituir a existência de Estado e direito, embora não possam decidir por uma renúncia consequente aos critérios reais da correção da decisão; assim, o peso relativo das premissas reais e procedimentais de comportamento permaneceu um problema.” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 18.

Para finalizarmos, reforçamos nossas propostas com o apoio do Willis Santiago Guerra Filho, para quem o fechamento operacional do sistema jurídico é tarefa exclusiva do Judiciário[609].

De acordo com o professor, o sistema jurídico, ao vedar o *non liquet*, força o Judiciário, sempre que provocado, a oferecer um enquadramento jurídico a qualquer fato ou comportamento que lhe seja apresentado. Nota-se que há um aparente paradoxo - "paradoxo da transformação da coerção em liberdade" - pois, embora o Juiz esteja vinculado às normas, ele não está vinculado à legislação. Aliás, quem se vê coagido à decisão, e, adicionalmente, à sua fundamentação, deve reivindicar, para tal fim, a liberdade imprescindível para a construção do Direito[610].

Feitas estas ponderações, passaremos ao tratamento das questões que, numa perspectiva jurídica, envolvem a linguagem.

Conclusão

Conforme destacamos, em resumo, o Magistrado contemporâneo deve reconhecer a condição sistêmica do fenômeno jurídico e das demais projeções fenomenológicas relacionadas com ele.

Segundo nosso entendimento, através da análise sistêmica, o Magistrado poderá contemplar de forma mais adequada as questões jurídicas, sobretudo no âmbito da recuperação judicial.

Nesse ponto, nossa defesa se assenta, basicamente, na convicção de que o próprio exercício filosófico é sistemático, principalmente porque o pensamento se constrói a partir da articulação de dados anteriormente (ou concomitantemente) relacionados. Logo, como vimos, tendo com conta que o alcance de qualquer

[609] Neste sentido, aliás, vale realçar que "(...) o Juiz é descrito como um dos observadores da realidade processual, cuja formação dá-se gradativamente por meio das provas e da participação dos outros observadores (autor, réu e ministério público). Sobre o fundamento desta realidade, a decisão será proferida e, quando descumprida, outra comunicação será emitida. A decisão judicial tem, pois, papel de relevo no sistema parcial do direito, diferenciando-se pelo uso contínuo do código binário lícito/ilícito, premissa irrenunciável da Teoria dos Sistemas luhmanniana, porquanto a construção dos sistemas parciais ocorre justamente pela reiteração comunicativa; do contrário, não há sistemas." LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111.

[610] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

conhecimento pressupõe referência a outros saberes, a contemplação sistêmica permitirá a visualização de todo conjunto de saberes interatuantes.

3.8 - Língua e linguagem

A língua e a linguagem são essenciais para a vida em sociedade; são instrumentos utilizados para que o homem possa se comunicar com os outros seres, e com o mundo[611].

Além do mais, é pela linguagem que o homem apresenta respostas às questões que se propõem (ou que lhes são propostas) e argumenta para (con)vencer os destinatários de suas conclusões[612].

Malgrado as variações compreensivas, podemos dizer que a linguagem é um sistema[613] de sinais e signos que, por exemplo, indica coisas (as palavras são

---

[611] Para os gregos a expressão 'linguagem' refere-se à mythos e logos. Ao contrário do mytos, logos é uma síntese de três ideias: fala/palavra; pensamento/ideia; realidade/ser. Mito é encanto, logos é a palavra racional. Atente-se para o fato de que, em Fedro, Platão refere-se à linguagem como pharmakon, poção, que pode ser remédio, veneno e cosmético. A linguagem é construída por língua (instituição social ou sistema, uma estrutura com regras próprias, é objetiva) e a fala, ou palavra (é ato individual de uso da língua, é subjetiva, o modo como o sujeito se apropria da língua e a utiliza). Por exemplo, na língua inglesa há a fala de Shakespeare, na portuguesa, de Machado de Assis, e de Paulo Coelho. Por ocasião de suas reflexões sobre o tema, Heidegger, dirá, inclusive, que "(...) a linguagem é o pronunciamento da fala. Ela pode ser despedaçada em coisas-palavras simplesmente dadas. Existencialmente, a fala é linguagem porque aquele ente, cuja abertura se articula em significações, possui o modo de ser-no-mundo, de ser lançado e remetido a um 'mundo'. A fala é constitutiva da existência da presença, uma vez que perfaz a constituição existencial de sua abertura. A escuta e o silêncio pertencem à linguagem falada, como possibilidades intrínsecas. Somente nestes fenômenos é que se torna inteiramente nítida a função constitutiva da fala para a existencialidade da existência. De início, trata-se de elaborar a estrutura da fala como tal." HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 224.

[612] Justamente por isso, Heidegger sustentaria que a "(...) linguagem pertence, em todo caso, à vizinhança mais próxima do humano. A linguagem encontra-se por toda parte. Não é, portanto, de admirar que, tão logo o homem faça uma ideia do que se acha ao seu redor, ele encontre imediatamente também a linguagem, de maneira a determiná-la numa perspectiva condizente com o que a partir dela se mostra. O pensamento busca elaborar uma representação universal da linguagem. O universal, o que vale para toda e qualquer coisa, chama-se essência. Prevalece a opinião de que o traço fundamental do pensamento é representar de maneira pensante, como a linguagem significaria, nesse sentido: fornecer uma representação da essência da linguagem, distinguindo-a com pertinência de outras representações." HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 7.

[613] De acordo com Robles, apreende-se, que "(...) o ordenamento é o texto que resulta da linguagem criativa das autoridades, que são plurais e muitas vezes isoladas umas das outras. Trata-se de um texto submetido à motorização e à pressa. Sua linguagem é deficiente e precisa de uma reelaboração reflexiva que converta o material diverso numa ordem definitiva. É exatamente nisto que consiste o sistema, a construção do ordenamento em linguagem científica. Os juristas não são descritores da realidade do direito, mas construtores criativos dela. A linguagem do direito é a linguagem dos juristas." ROBLES, Gregório. **O Direito como Texto**: Quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2000.

signos linguísticos, com funções indicativas ou denotativas), comunica os seres (função comunicativa), e exprime sentimentos, valores e pensamentos (função conotativa)[614].

Sobre a linguagem, em *Política*, Aristóteles sustentará que o homem é um animal político-social, porque somente ele é dotado de linguagem[615].

A propósito, Rousseau, na obra *Ensaio sobre a origem das línguas*, assinalou que não se pode saber, por exemplo, qual a origem de um dado homem, sem antes falar alguma coisa. Para Rousseau, a linguagem nasce primeiramente das paixões, por isso foi primeiro a linguagem figurada que nasceu como poesia e canto para só depois se tornar prosa[616].

Em síntese, vivemos e somos a linguagem. Por isso, a necessidade de compreendermos melhor as categorias cognitivas ligadas a ela.

De outro lado, considerando que o Direito destina-se à regulação social, é indispensável que os seus operadores reconheçam as relações epistemológicas do Direito com a língua[617] e a linguagem, notadamente no plano do discursivo.

---

[614] Kafka sustenta que "(...) a linguagem pode ser usada para tudo o que está fora do mundo dos sentidos, mas nunca comparativamente, nem mesmo de forma aproximada, uma vez que ela só trata, correspondendo ao mundo sensorial, da propriedade e de suas relações(...)." KAFKA, Franz. **Essencial Franz Kafka**. Tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 197.

[615] Outros animais possuem apenas a voz (*phoné*), e podem exprimir dor e prazer; mas o homem possui a palavra (*logos*), e com ela exprime o bom e o mau, o justo e o injusto. Como a vida política exige a presença de tais valores, e só o homem os possui, podemos concluir que ele é um animal essencialmente político.

[616] Nesse ponto, são valiosas as reflexões de Aristóteles sobre história e poesia. Pare ele, "(...) é evidente que não compete ao poeta narrar exatamente o que aconteceu; mas sim o que poderia ter acontecido, o possível, segundo a verossimilhança ou a necessidade. O historiador e o poeta não se distinguem um do outro, pelo fato de o primeiro escrever em prosa e o segundo em verso (pois, se a obra de Heródoto de Halicarnasso houvesse sido composta em verso, nem por isso deixaria de ser obra de história, figurando ou não o metro dela). Diferem entre si, porque um escreveu o que aconteceu e o outro o que poderia ter acontecido. Por tal motivo a poesia é mais filosófica e de caráter mais elevado que a história, porque a poesia permanece universal e a história estuda apenas o particular. O universal é o que tal categoria de homens diz ou faz em tais circunstâncias, segundo o verossímil ou o necessário. Outra não é a finalidade da poesia, embora dê nomes particulares aos indivíduos." ARISTÓTELES. **A arte poética**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 43.

[617] Sobre o tema, Júlia Kristeva (Filósofa Búlgara, e professora de semiologia da Universidade Paris 7) disse o Seguinte: (...) interessar-me pela língua é uma maneira de abordar de modo material a mente. Esta capacidade de questionar até mesmo no plano mais íntimo e mais familiar, até a nossa língua para fazer dela esta rosácea, esta frase hiperbólica, esta série de metáforas que é *Em busca do tempo perdido*, é também uma conquista da cultura europeia. De fato, o desenvolvimento da economia, que somente se observa nos momentos considerados positivos da evolução da humanidade – que são a aquisição de bens de consumo, a capacidade de informação, as aptidões para viajar, entre outros -, representa certamente um ameaça contra tudo isso, mas também faz parte de nossa vocação e de nossa inquietude o fato de saber que essa capacidade de questionamento está ameaçada, que o que está sendo ameaçado e um tesouro e que devemos lutar para salvá-lo." BARLOEWEN, Constantin von. **Livro dos saberes**: diálogos com os grandes intelectuais de nosso tempo. São Paulo: Novo Século, 2010, p. 192.

3.8.1 - O movimento do "giro-linguístico", a superação dos métodos e a desconstrução da verdade absoluta a partir da linguagem[618]

Os pensadores do Círculo de Viena, como ficou conhecido o movimento austríaco do início do século XX, apresentam a linguagem como elemento de destaque na produção epistemológica[619]. Para estes pensadores, as ciências, e os conhecimentos delas emergentes, nada mais seriam que conjuntos ordenados de linguagem[620].

Estas conclusões estariam diretamente ligadas à desconstrução da concepção que, até então, se tinha da 'verdade' científica[621].

Realmente, no atual estágio da humanidade não podemos mais entender a verdade como sendo um elemento estático e imutável[622]; logo, a verdade deixa de ser rígida e absoluta para ser flexível e relativa[623].

---

[618] Sobre a filosofia da linguagem na fenomenologia e a hermenêutica confira: BEUCHOT, Maurice. **História de la filosofía del lenguage**. México: Breviarios, 2011, p. 290.

[619] Notamos que o alcance do saber, pela reflexão, isto é, voltado ao próprio sujeito do conhecimento, ganha reforço a partir da fenomenologia de Husserl, seguida da analítica de Wittgenstein (alguns atribuem a Wittgenstein a criação da dita 'filosofia analítica', desconsiderando o pioneirismo aristotélico nesse campo do saber; ademais, neste ponto não só os estudos de Husserl, mas de Wittgenstein e Heidegger, principalmente no início do século passado, merecem nota de destaque). Com isto, o saber é deslocado da metafísica e colocado na linguagem. Portanto, para esta linha de pensamento, é pela linguagem que o homem conhece o mundo e interage com ele. Wittgenstein chegará a dizer que os limites do mundo são os limites da linguagem do homem. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 114. Para Vílem Flusser, inclusive, universo, conhecimento, verdade e realidade são aspectos linguísticos. Assim, a língua é a forma, cria e propaga a realidade.

[620] O positivismo lógico busca purificar a linguagem dividindo-a em linguagem natural, com maior carga semântica; e linguagem lógica (purificada), com maior intensidade sintática. O movimento do giro-linguístico e o construtivismo lógico-semântico, que teve como seu expoente maior Lourival Vilanova, preconizam a utilização de expedientes epistemológicos ricos em métodos, como recursos para o aperfeiçoamento da Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, o Direito Tributário tem se destacado no Brasil. Atualmente, os estudiosos que se ocupam da matéria utilizam-se recorrentemente de recursos que se voltam ao controle da construção da linguagem científica.

[621] Hawking admite, inclusive, que "(...) com o advento da mecânica quântica, acabamos por reconhecer que os acontecimentos não podem ser previstos, com precisão perfeita e que haverá sempre um grau de incerteza. Se quisermos, podemos atribuir essa incerteza à intervenção de Deus, mas seria uma intervenção muito estranha (...) não existe qualquer prova de que seja dirigida para algum objetivo. Na realidade, se fosse, seria por definição não aleatória. Nos tempos modernos, libertamo-nos definitivamente da terceira hipótese, redefinindo os objetivos da ciência: o que se pretende é formular um conjunto de leis que permita prever acontecimentos até o limite imposto pelo princípio da incerteza (...)." HAWKING, Stephen W. **Breve história do tempo**: do "big bang" aos buracos negros. Tradução Ribeiro da Fonseca. 3ª ed. Lisboa: Gradiva, 1994, p. 65.

[622] Nietsche escreveu, neste contexto, que "(...) o impulso à verdade começa com a forte observação de qual antipódicos são o mundo efetivo e o mundo da mentira, bem como de que quão incerta se torna a vida humana, se a verdade convencionalmente estabelecida não valer de modo incondicional: há que se ter uma convicção moral acerca da necessidade de uma firme convenção, caso uma sociedade humana deva existir. Se em algum lugar o estado de guerra deve cessar, então isso tem que se dar com a fixação da verdade, isto é, com uma designação válida e impositiva das coisas."

Essa flexibilidade tem origem no fato de que o próprio ser humano, sujeito do conhecimento, é extremamente inconstante e singular[624].

Considerando a autorreferencialidade da linguagem, como nos sugere o movimento do giro-linguístico, temos de reconhecer a impossibilidade de se determinar uma verdade absoluta e acabada[625].

No entanto, essa constatação não nos impede de reconhecer a possibilidade de elaboração de discursos científicos precisos e consistentes, capazes de unificar os fenômenos que aparentemente são desconexos à compreensão dos que partem do "conhecimento vulgar".

Em outros termos, ultrapassar o modelo que adota a verdade absoluta, sob o ponto de vista ontológico, não significa abrir mão dos valores verdadeiro/falso, de caráter essencialmente lógico e instrumental.

Deixadas estas ponderações, passemos às reflexões sobre a relação do Direito com a linguagem.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira**. Tradução. Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2012, p. 81.

[623] Paulo de Barros lembra que a cada dia, com o cruzamento vertiginoso das comunicações, aquilo que fora tido como 'verdade' dissolve-se num abrir e fechar de olhos, como se nunca tivesse existido, e emerge nova teoria para proclamar, em alto e bom som, também em nome da 'verdade', o novo estado de coisas que o saber científico anuncia. Nesse sentido, recomendamos a seguinte leitura CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 159-161. A vulnerabilidade da verdade pode ser apontada, como exemplo, pela recente constatação de que Plutão, em 'verdade' não é planeta, pois não preenche os requisitos essenciais para receber essa qualificação. Percebemos que esta verdade, qual seja, que Plutão é um planta integrante do nosso sistema solar, deixa de existir, para dar lugar a outra 'verdade'.

[624] Segundo os ensinamentos de Paulo de Barros, onde houver conhecimento, por sua vez, sempre estarão presentes, como fatores indispensáveis, o sujeito, o objeto e a possibilidade de o primeiro captar, mesmo que de seu modo próprio, a realidade do segundo. Ademais, o pensamento do homem é conduzido, como assegura Paulo de Barros, a uma desconstrução da verdade objetiva, e a correspondente tomada de consciência dos limites intrínsecos do ser humano, com a subsequente ruína do modelo científico representado por métodos aplicáveis aos múltiplos setores da experiência física e social. Ibid., p. 159-161.

[625] Sobre esta temática, Nietsche teria ponderado, aliás, que "(...) quando se acredita possuir a verdade, a vida mais elevada e pura parece possível. A crença na verdade é necessária ao homem. A verdade vem à luz como necessidade social: por meio de uma metástase, ela é posteriormente aplicada a tudo aquilo que dela independe (...) todas as virtudes surgem a partir de carências. Com a sociedade, nasce a necessidade de veracidade. Do contrario, o homem viveria em eterno ofuscamento. A fundação do estado incita a veracidade (...) o impulso ao conhecimento tem uma origem moral (...) a natureza acomodou o homem em flagrantes ilusões. Eis seu elemento próprio. Ele vê formas e, em vez de verdades, sente estímulos. Sonha e imaginar para si homens divinos como sendo a natureza (...) o homem tornou-se acidentalmente um ser que conhece, por meio da união não intencional de duplas qualidades. Algum dia, ele desaparecera e nada terá acontecido (...) o semelhante lembra do semelhante e, com isso, passa a se comparar (...) eis o conhecer, o apressado subsumir daquilo que é similar. Apenas o semelhante percebe o semelhante: um processo fisiológico. Aquilo que é memoria é também percepção do novo. Não pensamento sobre pensamento (...)." NIETZSCHE, op. cit., 2012, p. 60.

3.8.2 – Reconhecimento do Direito como linguagem

A despeito da dicotomia entre Direito positivo[626] e ciência do Direito, ambos são fatos comunicacionais[627], considerando que estão diretamente relacionados com a linguagem[628].

Nesse caso, a compreensão do fenômeno jurídico reclama o estudo das categorias cognitivas ligadas à linguagem[629].

Segundo Paulo de Barros, a realidade jurídica é constituída, em toda a sua extensão, em todos os seus momentos e manifestações, em todas as suas instâncias organizacionais, pela linguagem do Direito posto[630]. Esta função reguladora, ademais, compreende tanto as normas gerais abstratas e as gerais concretas, como as individuais abstratas e as individuais concretas, as quais,

---

[626] O Direito positivo, enquanto conjunto de normas prescritivas de condutas (caráter deontológico), se manifesta para os destinatários da norma através da linguagem. Ademais, os valores que se procura prestigiar no Direito são esboçados nos signos componentes da linguagem que expressa a norma. Segundo Robles: "O direito é um sistema de comunicação, cujas unidades de mensagem são as normas. Trata-se de um sistema de comunicação prescritivo, ordenador, razão pela qual suas unidades elementares (as normas) são expressões linguísticas prescritivas. A análise de tais normas revela sua heterogeneidade linguística (em oposição à tradicional ideia da homogeneidade de todas as normas como normas de dever ser). O direito é, além disso, um sistema de comunicação institucionalizado e coativo, e assim se diferencia radicalmente da moral (ainda que o direito não possa contrariar a moral elementar.") ROBLES, Gregório. **O Direito como Texto**: Quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2000.

[627] A palavra "comunicação" é ambígua. Quotidianamente, a palavra "comunicação" é utilizada em diversos sentidos. Contudo, cientificamente, a palavra "comunicação" deve ser compreendida de acordo com as regras da semiologia, ciência que estuda os signos. Em termos genéricos, comunicação pode designar qualquer processo de intercâmbio de mensagens entre interlocutores, emissor e receptor. Podem-se apontar seis elementos integrantes da comunicação: mensagem, remetente, destinatário, contexto, código e contato. Dentro de um contexto, relacionam-se emissor, canal, mensagem, código, receptor, conexão e psicologia.

[628] Como visto a ciência do direito não se confunde com o direito positivo. Basicamente, a ciência do direito destina-se à descrição do direito positivo, seu objeto. Já o direito positivo é um conjunto formado por normas prescritivas de condutas.

[629] Assinalamos que este tópico foi desenvolvido, inclusive, com as contribuições doutrinárias de Maria Helena Diniz - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181/210 e de Paulo de Barros Carvalho - CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** linguagem e método, 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009. A abordagem enforcará, principalmente, as questões que tocam a teoria lógica da linguagem (formada pela semiótica e metassemiótica), a semiose (uso dos signos, relacionando-se o sinal, o objeto denotado pelo sinal e determinadas pessoas) e três dimensões da semiótica (sintática, semântica e pragmática - a sintática estuda os sinais relacionados entre si mesmos, dispensando-se os usuários e designações; a semântica, por outro lado, se projeta sobre a relação dos sinais com os objetos extralinguísticos; já a pragmática trabalha com a relação dos signos com os usuários).

[630] Nesse aspecto, "(...) as leis são feitas de palavras. Mas tais palavras produzem efeitos maravilhosos. De um sim ou um não depende o destino de inumeráveis homens. Com um sim ou com um não se conquista a riqueza ou se perde a liberdade ou a vida. Celso não exagerava ao falar de vis e de potestas (saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder (aforismo de Celso)." CARNELUTTI, Francesco. **Discursos sobre o direito**. Tradução Francisco José Galvao Bruno. Leme: Hebermann, 2009, p. 72.

decompostas, exibem a imensa multiplicidade dos enunciados jurídico-prescritivos[631].

Dentre as várias áreas da produção científica, cada ciência ou disciplina, além de possuir seu método e objeto, também possui seu próprio sistema fechado de linguagem[632].

A linguagem descritiva, notadamente informativa, pertence ao campo das ciências, pois quem produz esta linguagem tenciona descrever para algum sujeito o objeto observado. Naturalmente, a ciência do Direito está inclusa nesta perspectiva[633].

Ressalte-se que o jurista expõe suas conclusões numa sequência de proposições descritivas que forma o contexto científico[634].

Como visto, a Ciência do Direito utilizaria uma linguagem descritiva, para narrar o Direito Positivo, composto por normas linguisticamente prescritivas[635].

---

[631] CARVALHO, op. cit., 2009, p. 159-161.

[632] Sabemos que nos estudos de lógica existem dois modelos de linguagem simbólica, um informal e polissêmico, e outro formal e unívoco, denominado de lógico-científico. A linguagem simbólica informal é notadamente cultural e conotativa, formada por vários símbolos, signos e significações, artificialmente construídos pelo homem. Em virtude da sua polissemia, entre os diversos grupos que utilizam esta linguagem, por exemplo, nas religiões e nas artes, podemos encontrar símbolos esteticamente idênticos, com sentidos totalmente diferentes. Já na linguagem lógico-científica teremos um sistema fechado, denotativo ou indicativo, de signos e símbolos (o algoritmo) com sentidos unívocos. Diferentemente do que se passa com a linguagem informal, conotativa e polissêmica, a linguagem lógico-científica é necessariamente denotativa (ou indicativa), ou seja, cada um dos seus elementos denota (indica) único sentido. A linguagem lógico-científica, por oferecer maior rigor e estabilidade semântica, é a mais utilizada no campo da epistemologia.

[633] A despeito do exposto, cumpre assinalarmos que o cientista do direito deve elaborar um sistema descritivo consistente. Para tanto, ele deve escolher premissas que representem seus valores ideológicos. Vale dizer, há que se escolher premissas vazadas pelos valores que compuserem sua ideologia. Assegura Paulo de Barros que a expansão dos horizontes do saber do exegeta do direito positivado só será possível por meio de um método dogmático, restritivo do conteúdo da realidade semântica difusa, fundando este corte metodológico em premissas sólidas. Acrescenta, ainda, que no domínio das chamadas 'Ciências Sociais', a postura axiológica do ser cognoscente é pressuposta, já que, sem valor, que é o sentido específico do homem e da sua liberdade, ele mesmo não existe como tal e não há como falar em cultura (...) há cabimento de enunciados de outras ciências na linguagem da dogmática, desde que não interfiram naquele que conhecemos por 'modelo do raciocínio da ciência do direito em sentido estrito... Torna-se possível, então, trasladar sentenças da Economia, da Ciência Política, da Sociologia, da História da Antropologia para ajudar no esclarecimento indicativo, para servir de contraste, de pano de fundo, jamais para fundamentar o modo de ser peculiar do pensamento jurídico (...). CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 159-161.

[634] Na redação de um texto científico-jurídico a linguagem do jurista apresenta dois níveis: o da particularidade e o da sistematicidade. Ademais, o leitor do texto, com interesse científico coincidente ao do autor, concentrando-se na sistematicidade textual, procura compreendê-lo para avançar um pouco mais no campo da ciência jurídica, atendo-se à verdade sobre o objeto em questão. O leitor do texto, levado pelo interesse científico, ante a recusa de se submeter ao veredicto do texto, vê-se forçado a fazer uma distinção na linguagem textual, atendo-se na particularidade. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181/210.

Além disso, considerando que o Direito é um sistema fechado de linguagem, se quisermos compreendê-lo adequadamente, como sistema de linguagem, teremos de construir uma metalinguagem[636].

Com apoio nos ensinamentos da Prof.ª Maria Helena Diniz, não há dúvida de que a atividade de compreender o texto científico, reconstruindo-o, é uma metalinguagem. Aliás, a metalinguagem como instrumento metódico da compreensão do texto científico deverá, necessariamente, apresentar uma definição clara dos termos utilizados, além de manter-se dentro dos limites da simplicidade e economia - no que se refere aos termos e à estrutura contextual, não mostrar contradições e, finalmente, ser consequente e metódica[637].

---

[635] A linguagem da ciência jurídica se dirige ao direito, que é linguagem-objeto, tratando-se de uma metalinguagem semântica, cujas sobreproposições são descritivas. Trata-se de linguagem do jurista por ser aquela em que ele fala das normas. Os functores das proposições descritivas são operadores veritativos, embora o problema central da ciência jurídica seja a decidibilidade.

[636] Reconhecemos que, "(...) só através de uma linguagem, num plano mais elevado (metalinguagem), podemos discorrer sobre outros sistemas de linguagens localizados em outros planos inferiores. A lógica, por exemplo, como já nos assinalaria Wittgenstein, é uma metalinguagem, uma linguagem ou discurso sobre outras linguagens. A teoria da hierarquia das linguagens busca distinção entre linguagem dada (linguagem-objeto) daquela linguagem da qual se fala (metalinguagem). Com base nessa diferenciação ter-se-á metaciência, para indicar a ciência que tem por objeto o estudo de uma ciência dada, a metateoria, para designar o sistema formalizado em que se fala das proposições de uma determinada teoria." DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181/210. Em acréscimo, neste contexto, Wittgenstein destacará que "(...) a investigação lógica é a investigação de tudo o que toma a forma de lei. E fora da lógica tudo é acaso. A chamada lei da indução não pode ser em qualquer caso uma lei lógica uma vez que é obviamente uma proposição com sentido. Nem pode ser, portanto, uma lei a priori. A lei da causalidade não é uma lei, mas antes a norma de uma lei (...) 'lei da causalidade' é o nome de uma espécie de leis. E tal como na mecânica dizemos que existem leis de mínimo – como a do menor efeito – assim também falamos em física de leis de casualidade, leis da forma de causalidade. Já se tinha uma ideias de que teria que haver uma 'lei do menor efeito' antes de se saber como era (aqui como sempre revela-se a certeza a priori, como algo de puramente lógico). Não acreditamos a priori numa lei da conservação, mas conhecemos a priori a possibilidade de uma forma lógica. Todas estas proposições como principio da razão suficiente, da continuidade da natureza, do menor esforço na natureza, etc., etc., são descobertas a priori acerca da forma possível a dar às proposições da ciência." WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 131.

[637] Paulo de Barros ensina que direito, por condições de existência, deve ser formulável numa linguagem, ante o postulado da alteridade. O direito elaborado pelo órgão competente é fator de controle social, prescreve condutas obrigadas, permitidas e proibidas, formulando a linguagem em que a norma se objetiva. A norma, sob o prisma linguístico, é uma proposição deôntica, ou normativa, ou prescritiva. O direito positivo oferta a linguagem-objeto, pois não fala sobre si. A linguagem legal é utilizada pelos órgãos que têm poder normativo e inclusive a linguagem normativa e a não normativa, que consiste nas definições de expressões contidas em proposições normativas. A linguagem não normativa é a metalinguagem da linguagem normativa, contida na linguagem legal. Nesse sentido é a lição de DINIZ, op. cit., 2011, p. 181/210.

Se ascendermos um degrau, colocando-nos acima do cientista, teremos uma compreensão não apenas da ciência do Direito, mas de todas as ciências, sociais e naturais[638].

Além do mais, o Direito positivo é formado por um conjunto de normas que visa regular uma determinada sociedade a partir da orientação de condutas humanas, com a realização dos valores sociais, num determinado período histórico.

Essa pré-ordenarão comportamental é estimulada pelos mecanismos linguísticos. Contudo, ainda que a linguagem seja proferida com o reforço da autoridade coativa do Poder Público, ela não chegará a tocar materialmente os eventos e as condutas por ela reguladas. O legislador, tomado aqui em seu sentido amplo, tem de mexer com crenças, hábitos sociais, sentimentos e estimativas; tem de apreender, historicamente, a marcha do social, para que lhe seja possível motivar os destinatários da regra jurídica[639], induzindo-os no sentido de realizar as expectativas normativas[640].

Temos de reconhecer, portanto, que esse poder retórico que impregna a mensagem legislativa, indispensável à eficácia social da norma, faz com que o discurso jurídico-prescritivo assuma caráter notadamente autônomo em relação à linguagem da realidade[641].

---

[638] A teoria do conhecimento científico procura compreender as ciências como um todo, além de sua interatuação com as demais ciências. Essa forma de contemplação é essencialmente utilizada pelo filósofo, no sentido estrito do termo. A propósito, Vilanova sustentará que "(...) o conhecimento é um fato complexo. Simplificadamente diz-se que é relação do sujeito com o objeto. E se tivermos em conta o conhecimento do mundo físico exterior, sua origem é a experiência sensorial percebo a arvore verde e anuncio: esta árvore é verde. O ser-verde-da-arvore, que se me dá num ato de apreensão sensorial, é base par outro ato, o de revestir esse dado numa estrutura de linguagem, na qual se exprime a relação conceptual denominada proposição (juízo, na terminologia clássica)." VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Ed. Max Limonad, 1997, p. 182.

[639] Sobre a elaboração de juízos jurídicos concretos a partir da regra jurídica, especialmente o problema da subsunção, sugerimos a seguinte leitura: ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 75-106.

[640] No que se refere aos aspectos linguísticos, é certo que a norma jurídica é ponto de referência para construções interpretativas do direito. Assim, revela-se destacadamente importante o desenvolvimento de uma teoria que contemple a norma jurídica na perspectiva da linguagem. A norma jurídica como expressão do direito é conduzida aos seus destinatários pelo processo comunicacional. O direito, enquanto dever ser, coloca suas normas de conduta ao acesso da sociedade pela comunicação das normas através da linguagem. Pode-se afirmar que a norma jurídica é a unidade irredutível de manifestação do deôntico. Na hierarquia do direito posto, é comum verificar que as normas gerais e abstratas se sobrepõem as demais, alocando-se no topo do ordenamento. Seguindo as normas gerais e abstratas, temos, em nível inferior, as normas gerais e concretas. Após, temos as normas individuais e abstratas, e, por fim, as individuais e concretas, no plano mais inferior.

[641] Portanto, como destacou Paulo de Barros, "(...) é comum verificar-se no direito posto prescrições de conduta que discrepam da realidade. Há um verdadeiro descompasso entre a proposição prescritiva e a situação do mundo recolhida com conteúdo da linguagem ordinária, utilizada no

Finalmente, a despeito do exposto, defendemos nesta tese, em síntese, que o discurso normativo deve ser compreendido em suas dimensões sintática, pragmática e semântica, necessariamente referenciadas nos paradigmas axiológicos constitucionalmente preponderantes no momento histórico em que se deflagra o exercício da atividade jurisdicional, ou seja, a aplicação concreta do Direito.

Além do mais, temos de reconhecer que só podemos considerar emissor da mensagem jurídica aquele que, a partir do diálogo, estiver legitimado pelos referidos paradigmas axiológicos da Constituição.

cotidiano. Paulo de Barros lembra que "A autoridade que legisla passa por alto na conformação da linguagem vivida no ambiente social, tomando o acontecimento como convém à disciplina de seus interesses regulatórios, exibindo, com isso, a manifesta independência que existe entre os dois segmentos sígnicos. Podemos apontar dois elementos distintivos da linguagem jurídica em relação à linguagem social. Primeiramente, o discurso normativo não se limita a reproduzir a linguagem pela qual as condutas se efetivam no plano social. Por outro lado, haverá uma configuração semiótica distinta entre a linguagem jurídica e a não jurídica, principalmente em virtude dos aspectos sintáticos, pragmáticos e semânticos (...) o caráter retórico que impregna a mensagem legislativa, indispensável à eficácia social da norma, faz com que o discurso jurídico-prescritivo assuma uma feição notadamente autônoma em relação à linguagem da realidade (...). CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** linguagem e método. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 303.

CONCLUSÃO

Nosso trabalho desenvolveu-se a partir da análise da atividade jurisdicional do Estado, logo no primeiro Capítulo. Nesse Capítulo, tratamos das quatro categorias essenciais à adequada compreensão dos fenômenos jurídicos: a política, o poder, a legitimação e o Direito.

Verificamos que o convívio em sociedade é resultante do caráter gregário do homem. Logo, todos os que vivem no seio social estarão, de algum modo, inseridos, também, num contexto político.

Naturalmente, como expusemos, as estruturas politicamente organizadas mantêm-se pelo exercício do poder, nas suas diversas formas.

Nesse aspecto, sustentamos que competirá ao direito, na sua concepção tridimensional, oferecer alguns recursos para o exercício do poder, no plano social.

Destacamos, também, as nuances das operações deontológicas do Direito sobre os membros da sociedade, sobretudo no que diz respeito à incidência normativa no que concerne a alguns fatos que merecem cuidados especiais do operador do Direito.

Além disso, abordamos as questões referentes aos conflitos sociais, para, aproveitando-nos do ensejo, apresentar a atividade jurisdicional como instrumento de destaque na superação dos conflitos.

Por fim, apresentamos os princípios e garantias da Jurisdição e reforçamos a necessidade da sua adequada utilização pelo Magistrado, quando do enfrentamento das questões que envolvem a Recuperação Judicial.

Defendemos que o Direito deve ser entendido como um conjunto de valores que, normatizados ou não, são eleitos pela sociedade como legítimos à proteção do Estado.

De acordo com nosso entendimento, exposto neste trabalho, ‘jurisdicionar’ (numa percepção tridimensional do Direito, como fato, valor e norma) é dizer sobre a norma, somada a peculiaridades do fato e sua valoração no âmbito social.

Assim, a Jurisdição deve ser entendida como a dicção do Direito nessa dimensão, não somente como um conjunto de normas legais, mas sim como a verdadeira projeção dos valores sociais entranhados na norma.

No exercício da Jurisdição, o Estado não deve, simplesmente, aplicar a norma fria, indiferente ao seu momento histórico, ou mesmo sem se ater às particularidades da tese posta à apreciação do Juízo.

De acordo com o nosso entendimento, o intérprete deve atentar-se para o fato de que, muitas vezes, a norma não passa de uma sombra pálida daquilo que se pretende proteger, sob pena de, assim não o fazendo, ser um mero aplicador normativo, distante do verdadeiro escopo da Jurisdição.

Não só, ademais deve o intérprete valer-se de outros elementos, que não o simples texto da lei, para que lhe seja dado franco acesso ao espírito que anima e habita a norma. A lei, comumente fechada por cortinas retóricas, tecida por habilidosos alfaiates das palavras, que são carecedores de sensibilidade perceptiva para sentir os reclamos sociais, não permite que o intérprete enxergue além desses espessos véus, e tome conhecimento do seu verdadeiro valor.

Acreditamos que aquele que exerce a atividade jurisdicional deve sufocar qualquer voz que se eleve para defender a atenção exclusiva ao texto da norma, olvidando-se da sua essência, dos clamores e valores sociais que a compõem.

Em síntese, insistimos que, atualmente, a Jurisdição não pode ser concebida tão somente como declaração de Direitos, mas, principalmente, como instrumento de prestação e efetivação de todos os Direitos.

No Capítulo II, dedicado à Recuperação Judicial, inicialmente, considerando a importância da economia para a vida em sociedade, inclusive no aspecto jurídico, estudamos as origens do fenômeno econômico, a gestão de recursos e sua implicação no exercício das lideranças no seio da sociedade.

Em seguida, por reconhecermos a influência da econômica na (con)formação da sociedade e do Estado, investigamos a posição do Estado diante das crises econômicas, sem deixar de obtemperar a variabilidade dos modelos de atuação do Estado nesta seara. Nesse ponto, acrescentamos algumas ponderações sobre o Estado Social e Liberal.

Realçamos, também, as notas essenciais da empresa, enquanto atividade econômica, sem nos olvidarmos das consignações de destaque para sua função social.

Ao ensejo das ponderações dispensadas por ocasião da análise sobre as questões econômicas e empresariais, nos debruçamos sobre a crise empresarial e os instrumentos para sua superação.

Naturalmente, entre os diversos instrumentos utilizáveis para a superação das crises empresariais, salientamos, criticamente, a importância da Recuperação judicial como legítimo instrumento para este propósito.

Ao final, consignamos nossas críticas ao tratamento legislativo dispensado ao controle jurisdicional do plano de recuperação judicial.

Em síntese, a empresa, enquanto atividade econômica, exerce função social. Nesse contexto é que se pretende o reconhecimento da legitimidade dos instrumentos destinados à superação das crises empresariais, sobretudo do plano de recuperação judicial.

Com relação à aprovação do Plano de Recuperação Judicial, pelo que defendemos, ao contrário do que sustentam alguns Tribunais, o Magistrado não está cegamente vinculado à deliberação majoritária dos credores na homologação do plano de recuperação judicial. Segundo nosso entendimento, nem sempre a deliberação, por maioria, de um dado grupo de credores, estará sintonizada com os interesses maiores da sociedade, nem corresponderá à garantia da função social da empresa. Assim, defenderemos que o controle do plano de recuperação judicial seja feito concretamente, orientado pelos paradigmas apresentados neste Trabalho.

No Capítulo III, quando apresentamos os paradigmas para o protagonismo cognoscitivo do magistrado contemporâneo, no âmbito da recuperação judicial, defendemos que o Magistrado de nosso tempo deverá ser crítico, exercer a filosofia e reconhecer a pluralidade dos campos operativos do conhecimento, afastando-se do isolamento dogmático das disciplinas jurídicas.

Acentuamos que, além de ser crítico, guiar-se por vetores filosóficos, e compreender a pluralidade estrutural do saber, o Magistrado contemporâneo precisa se valer de todos os recursos cognitivos possíveis e disponíveis ao desempenhar seu papel no cenário processual.

De outro lado, malgrado os aparentes distanciamentos entre a filosofia e a ciência, no campo da ciência do Direito, defendemos que o Magistrado tem de assumir uma postura epistemológica humanizada e emancipatória. Para tanto, deve conscientizar-se de que o homem é o centro de produção do conhecimento e que

pela presença da axiologia na atitude epistemológica, atualmente, há acentuada aproximação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscitivo.

Quando tratamos da topografia epistemológica do Direito, sugerimos que a compreensão do jurídico requer não apenas a tomada dos mais variados saberes, produzidos nos mais diversos campos do conhecimento, mas, também, uma contemplação panorâmica e intercontextualizada dos fenômenos sociais. Com relação ao Direito positivo, objeto da ciência do Direito, reconhecemos que ele é composto por normas válidas. Contudo, para nós, temos de considerar 'válido' o Direito que está posto no plano cronológico do presente, ou seja, aquele situado no contexto histórico do intérprete.

Assim, adotando-se essa perspectiva, Direito passado ou futuro não interessaria para o cientista do Direito.

Com relação à Ciência do Direito, especialmente no Brasil, valemo-nos dos estudos de Miguel Reale para lembrar que a técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o Juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos da razão. Nesse caso, temos de aceitar que o Magistrado é homem, partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, ainda que tenhamos como aspiração alcançar a certeza e a objetividade.

Ao abordamos a dignidade da pessoa humana, como referência da jurisdição, defendemos que o Magistrado tenha o ser humano e a dignidade da pessoa humana como referências no exercício da atividade jurisdicional.

Além disso, sustentamos que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida em suas múltiplas faces, vale dizer, não apenas no aspecto da liberdade. Assim, a liberdade dos sujeitos deverá sofrer mitigações em benefício do corpo social.

De outro lado, para garantir a legítima participação dos atores sociais no cenário político e econômico da sociedade, defendemos a intervenção do Estado, sobretudo para conter os excessos e promover a superação das carências. De todos os modos, a intervenção do Estado, através da atuação do Magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, deverá ser sempre proporcional e razoável,

mantendo-se ajustada ao modelo democrático, além de conformada aos diversos aspectos da dignidade da pessoa humana.

Nos apontamentos sobre o protagonismo do Magistrado, conforme a cultura e os valores de seu tempo, ponderamos, desde logo, que a nossa compreensão semântica de ‘verdade’ será alcançada a partir dos valores que possuímos. Demonstramos, também, que a liberdade de atuação no plano social deva ser exercida dentro dos limites impostos pelas culturas e valores. Nesse sentido, a despeito das críticas, sustentamos que as ideologias ainda assumem papel de destaque no plano jurídico, notadamente por realizar a neutralização axiológica do discurso dogmático do Direito. Por fim, reafirmamos nosso entendimento de que o Direito é produto essencialmente cultural, e reclamamos sua compreensão histórica, numa perspectiva axiológica.

Quando destacamos a necessidade da compreensão procedimental do Direito, por reconhecermos que até mesmo o conhecimento e a razão possuem estruturas procedimentais, defendemos a utilização do procedimento como categoria adequada ao exercício da atividade jurisdicional pelo Magistrado.

Nesse aspecto, demonstramos que o próprio conhecimento não pode ser imposto, tem de ser sugerido por alguém, e aceito pelo seu destinatário. Além disso, ressalvamos que sua aceitação dependerá da demonstração de sua veracidade, por meio de provas procedimentalmente obtidas, sob pena de não haver legitimidade do saber. Sem prejuízo destas colocações, apontamos que, considerando as incertezas e instabilidades axiológicas do nosso tempo, somente a partir da operação dialógica e procedimentalizada, no caso concreto, o Magistrado poderá encontrar a norma mais adequada ao enfrentamento dos conflitos apresentados.

Em reforço, realçamos que a atuação procedimentalmente orientada do Magistrado seria mais efetiva e legítima, inclusive pela concretização historicamente situada das pautas ideológicas da Constituição.

Sustentamos, em suma, que somente se compreendermos o Direito num contexto democrático (como sugerido por Rawls) e cultural, com a evocação de valores (conforme assinalara Radbruch), pela tomada de uma postura hermenêutica razoável (de acordo com Gadamer e Siches), numa franca dialética procedimental (atenciosa às notas habermasianas), poderemos promover sua verdadeira razão de ser: pacificar com justiça.

Em seguida, considerando a importância da utilização variada dos saberes como recurso para a atuação adequada do sujeito cognoscente, defendemos que o Magistrado, ao se ocupar da obra jurídica, deve atuar por todos os saberes, desde os saberes comuns, passando pelas artes e pela religião, até os estritos conhecimentos produzidos no plano da dogmática jurídica. Essas conclusões radicam-se, sobretudo, no fato de considerarmos o Direito como produto cultural. Acreditamos, inclusive, que poderemos alcançar maiores efeitos cognitivos se, independentemente da classificação que dermos aos saberes, os utilizarmos conjuntamente, preenchendo reciprocamente os espaços deixados, uns pelos outros.

Nesse sentido, acrescentamos que, diante das indefinições sobre os contornos exatos das fronteiras epistemológicas, somadas às inseguranças das 'certezas' alcançadas pelas pesquisas, é preciso assumirmos uma postura crítica sobre os saberes científicos, notadamente pelo reconhecimento da pluralidade na produção do conhecimento.

Logo, sugerimos que não apenas os saberes rotulados como filosófico, mitológico, científico, comum ou religioso, mas todos, inclusive a intuição, merecem prestígio, principalmente no exercício da atividade cognitiva do Magistrado.

Por ocasião da necessidade da compreensão sistêmica do Direito, defendemos que o Magistrado contemporâneo deve reconhecer a condição sistêmica do fenômeno jurídico e das demais projeções fenomenológicas relacionadas com ele.

Segundo nosso entendimento, através da análise sistêmica, o Magistrado poderá contemplar de forma mais adequada as questões jurídicas, sobretudo no âmbito da recuperação judicial.

Nesse ponto, nossa defesa se assentou, basicamente, na convicção de que o próprio exercício filosófico é sistemático, sobretudo porque o pensamento se constrói a partir da articulação de dados anteriormente (ou concomitantemente) relacionados. Logo, tendo com conta que o alcance de qualquer conhecimento pressupõe referência a outros saberes, a contemplação sistêmica permitirá a visualização de todo conjunto de saberes interatuantes.

Por fim, ao cuidarmos da língua e da linguagem, propusemos que o Magistrado, antes de tudo, precisa reconhecer que a operação do fenômeno jurídico se dá através da linguagem. Reafirmamos, ademais, que a língua e a linguagem são essenciais para a vida em sociedade, ou seja, são instrumentos utilizados para que o homem possa se comunicar com os outros seres, e com o próprio mundo que habita. Nesse contexto, de acordo com o exposto, é pela linguagem que o homem apresenta respostas às questões que se propõem (ou que lhes são propostas), além de argumentar para (con)vencer os destinatários de suas conclusões.

Seguindo a mesma linha argumentativa, demonstramos, pela autorreferencialidade da linguagem e do movimento do giro-linguístico, a relativização dos conceitos de verdade. De outro passo, procuramos realçar a natureza comunicacional do Direito.

Em resumo, mostramos que o discurso normativo deve ser compreendido em suas dimensões sintática, pragmática e semântica. Mas não só. Advertimos que o discurso jurídico deve, igualmente, ser referenciado nos paradigmas axiológicos constitucionalmente preponderantes no momento histórico em que se deflagra o exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido, como vimos, temos de reconhecer que só podemos considerar emissor da mensagem jurídica aquele que, a partir do diálogo, estiver legitimado pelos referidos paradigmas axiológicos da Constituição.

BREVES E DESPRETENSIOSAS REFLEXÕES CONCLUSIVAS

As crises econômicas e políticas, deflagradas nos últimos anos, colocam novamente ao mundo questionamentos sobre a legitimidade dos modelos institucionais até então vigentes.

De um lado, a instabilidade econômica na Europa, que se seguiu à crise do mercado norte-americano de 2008, põe em ascensão forças políticas alternativas com a utilização inédita dos novos meios de comunicação social.

Nesse contexto, com a Primavera Árabe e a derrubada de governos ditatoriais, que se mantinham há mais de trinta anos, nos demos conta da potencialidade da internet, como meio de atuação política no cenário mundial[642].

Com efeito, o que parecia apenas uma onda de insurreição contra a opressão dos Direitos políticos e sociais, por parte de governos totalitários norte-africanos, mostrou-se uma tendência, que viria a ser assumida, inclusive, na política interna de países democráticos, como Alemanha, Islândia, Itália e Brasil.

Os partidos piratas alemães abocanharam quase um décimo dos votos nas eleições passadas; em Reykjavik, capital da Islândia, o novo prefeito, um conhecido comediante, elegeu-se graças a sua plataforma política na internet; na Itália vemos crescer a política cinco estrelas, capitaneada pela candidatura de Pepino, um comediante que também procura apoio nos internautas; no Brasil, a candidata Marina da Silva, juntamente com outros líderes, apresenta um novo modelo de partido político, até então inédito no país, além de abandonar o modelo tradicional de sigla partidária, iniciada com a letra “P” - talvez para *desestigmatizar* que partido é mesmo divisão - a nova agremiação conta com o apoio dos internautas para adesão às suas propostas.

É claro que as crises institucionais ficam mais evidentes quando nos voltamos para o protagonismo político, através da utilização das modernas redes sociais de comunicação no cenário da política. Todavia, os sintomas da crise dos modelos institucionais podem ser percebidos em ações de caráter antipolítico. Não é de hoje que as insatisfações com o modelo de atuação política, baseado na representatividade parlamentar, são externadas com ações antipolíticas. Os

[642] Hoje já são discutidos os novos marcos regulatórios da internet no Brasil. O projeto de lei nº 5.403/01, do Senado Federal, inclusive, dispõe sobre o acesso a informações da internet. No mesmo sentido, é o PL nº 2.216/2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil.

chamados votos de protesto, sutilmente, acenam para a insatisfação do povo com o modo de condução das políticas e as alternativas propostas para a mudança (na verdade, novas formas de manter as mesmas práticas, no mesmo modelo institucional). Embora no passado, já se tenha votado em símios (o Macaco Tião, um chimpanzé do zoológico do Rio de Janeiro, foi parar nos livros dos *Guinness*, por ter supostamente recebido mais de 400 mil votos durante a eleição para a prefeitura do Rio de Janeiro, em 1988. Lógico, os votos destinados para Tião foram considerados nulos, já que sua candidatura não era reconhecida pelo TSE) e rinocerontes (o rinoceronte Cacareco, nas eleições para vereador da cidade de São Paulo, em 1959, recebeu cerca de 100 mil votos), não precisamos ir muito longe para demonstrar a atuação do descontentamento na política do Brasil. Na eleição passada, o candidato Tiririca - como todos que exercem alguma forma de arte, pois toda arte é forma de amor, merecem nossa admiração e aplauso, também respeitamos e aplaudimos o palhaço, mas como artista, insisto - obteve uma impressionante quantidade de votos, sem nenhuma demonstração de comprometimento e seriedade na condução da política. Usamos apenas um dos exemplos, menos para desmerecer candidatos que para alertar para o problema democrático que estamos enfrentando. A falta de educação e estímulo para o exercício da cidadania, somados às desilusões no campo da ética, coloca o cidadão numa posição de extrema vulnerabilidade de sedução. Nessa fragilidade, qualquer tertúlia fácil para entreter convence. Talvez Maquiavel tenha tido razão ao dizer que o povo se expressa pelo “não”. Saramago, (o homem que pela cegueira nos fez enxergar melhor o mundo em que vivemos) em *Ensaio sobre a lucidez* também nos apresentara um prognóstico nebuloso sobre o exercício da cidadania pela inação.

Nesse sentimento difuso de revolta e impotência, o cidadão oprimido acaba colocando de lado o remédio mais potente para livrá-lo dessa angústia, o voto. Quando não “vende” por preço vil, ou mesmo neutraliza seu exercício de cidadania (voto em branco, nulo, justificativas inverídicas, pagamento de multas irrisórias à justiça eleitoral), o cidadão simplesmente vota naquele que lhe parece novo, ou seja, diverso de tudo o que estava posto até então. Ainda que esse “diferente” seja apenas uma caricatura, um riso, uma frase forte, um grito de disparates, não importa, basta ser novo, basta ser diferente. Entediado pelos mesmos discursos e mesmos resultados, o povo encontra na internet um meio – sem muito esforço,

reconhecemos – para sair da inação e protagonizar um papel mais ativo no cenário da política[643]. Além de ser rápida, barata, (nem tanto, ainda), e sem muita exposição, a atuação política na internet arrebata milhões de pessoas em todos os ângulos do planeta. Por mais que se tente controlar, seja no acesso (como em Cuba e Coreia do Norte), seja no conteúdo (como na China), as informações no tempo da internet não encontram barreiras capazes de detê-las[644]. Mas esse protagonismo político virtual, muitas vezes um gesto de mero reflexo, sem muita consciência[645] sobre o que representa a ação, desencadeia uma *(re)produção* incessante de informações e interações que terminam por oferecer muitas questões às luzes. Esse caráter pedagógico e esclarecedor da volumosa troca de dados e informações acaba suprindo o deficitário papel da educação política institucionalizada. Por ser didático e informal (é claro que há muita tolice e disparate), o modelo comunicacional é facilmente recebido pelas graças do povo. Mais esclarecidos e seguros (ou menos obscurecidos e inseguros), os sujeitos lançam-se a discussões de temas relevantes.

Desde a liberdade religiosa, passando por políticas econômicas, até temas como a união homoafetiva, são postos no ambiente virtual de debate. Há pouco, experimentamos um exemplo sutil desse fenômeno. Com a visita da blogueira cubana Yohane Sanches ao Brasil, podemos perceber a força das comunicações sociais através da rede mundial de computadores e de sua projeção sobre a política. A mencionada blogueira cubana reuniu milhares de seguidores ao redor do mundo e colocou em (re)discussão o ajuste dos modelos políticos e institucionais, até então vigentes, aos tempos hodiernos (isso tudo com um pequeno computador portátil,

---

[643] De acordo com Lévy, "(...) o ciberespaço não compreende apenas materiais, informações e seres humanos, é também constituído e povoado por seres estranhos, meio textos meio máquinas, meio atores, meio cenários; os programas. Um programa, ou software, é uma lista bastante organizada de instruções codificadas, destinadas a fazer com que um ou mais processadores executem uma tarefa. Através dos circuitos que comandam, os programas interpretam dados, agem sobre informações, transformam outros programas, fazem funcionar computadores e redes, acionam máquinas físicas, viajam, reproduzem-se etc." LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 21.

[644] Losano asseverou que "(...) a revolução informática não é diferente de qualquer outra forma de revolução industrial. Não é por acaso que se ouve dizer que, enquanto a primeira revolução industrial substituiu com a máquina o trabalho manual do homem, esta segunda revolução (que poderíamos chamar de informática) está substituindo com a máquina o trabalho intelectual repetitivo do homem. Se quisermos descer mais a fundo nesta comparação, precisaremos comparar a 'informatização' com outra formas de industrialização, para ver qual é o modelo do qual ela mais se aproxima. E isto com a finalidade de extrair ensinamentos para m comportamento futuro (...)." LOSANO, Mário G. **Lições de Informática Jurídica**, São Paulo: Ed. Resenha Tributária Ltda, 1974, p. 151.

[645] Segundo Schopenhauer, "(...) consciência é a percepção (direta e imediata) do "eu", em oposição dos objetos exteriores, que constitui o objeto dessa faculdade especial denominada 'percepção exterior' (...)." SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre-arbítrio**. Tradução Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2012, p. 31.

operado por uma mulher, num país pobre, com severas restrições às liberdades individuais e, para agravar, com uma conexão quase rudimentar à internet). Pautada no diálogo racional e democrático (ao contrário de gritos de ordem), ela sugere que, através da interlocução e do esclarecimento, busquemos uma compreensão ajustada da nossa sociedade para, a partir de então, tracejarmos os modelos institucionais reputados mais adequados. Os argumentos de autoridade sul-coreanos, os gritos vazios de ordem que ainda ressoam das escuras entrâncias cubanas, ou mesmo as políticas de austeridade, assumidas pelos governos europeus, já não gozam do mesmo prestígio e admiração que gozavam nos tempos de antanho. No que se refere aos modelos institucionais, é claro, não acreditamos que a cidadania seja mais bem exercida pela atitude *antipolítica*. Não defendemos o uso do "não", como sugerira Maquiavel, tampouco o aplauso do diferente, pelo simples fato de não ser igual. Não nos preocupamos com o igual ou diferente. O que pensamos é que a saída está no melhor. Mas qual é o melhor modelo institucional, qual é a melhor forma de condução da política, da economia ou do Direito? A resposta há de ser buscada naquele que detém o poder para definir contornos de modelos institucionais, o povo. Somente através da efetiva participação popular nos debates políticos, jurídicos e econômicos, num franco e equilibrado dialogismo, poderemos obter conclusões legítimas para direcionar as nossas ações políticas, jurídicas e econômicas. Ao Poder Judiciário compete a promoção da garantia de ambientes adequados para o exercício equilibrado da dialética democrática. O equilíbrio entre os atores e protagonistas do enredo jurídico, dentro do cenário processual, reclama temperança na forma, mas, principalmente no conteúdo.

Queremos dizer que a promoção do dialogismo processual democrático não se basta com a assunção e a aplicação de regras procedimentais aprioristicamente forjadas, vai-se além. Deve o Magistrado - *(co)operando* com os órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado, com a própria sociedade - permitir que os sujeitos interajam dialogicamente numa comunicação equilibrada e, a partir de então, forneçam sugestões para uma decisão atenciosa aos vetores constitucionais, democráticos e republicanos. Além de esforçar-se para a promoção do diálogo equilibrado, deve o Magistrado ter os olhos postos no conjunto, no sistema, no todo. Isso quer dizer que, nem sempre, a partir de uma movimentação equilibrada e democrática dos sujeitos do processo, a solução que se revela, supostamente, mais

correta, do ponto de vista *endoprocessual*, será a mais ajustada ao sistema constitucional republicano e democrático. Ainda que as partes concluam livremente pela assunção de uma modalidade ou medida de intervenção judicial, o Magistrado deve ter na Constituição da república a sua primeira pauta de atuação. Desde os gregos, como vimos, a contemplação será mais precisa quanto mais aproximar-se do equilíbrio na distância. É a precisão no distanciamento que oferecerá maior nitidez à ação contemplativa. A observação constitucional sistemática parece permitir essa nitidez.

Pelas lentes constitucionais, o Magistrado amplia o espectro perceptivo e, sistematicamente, percebe as implicações, positivas ou negativas, de sua decisão. A conformidade ou desconformidade republicana da atuação do Magistrado dependerá, portanto, de uma ponderação constitucional e racional da sua emergência, interativamente contextualizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de NicolalDS' Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia de Letras, 2008.

_____. **O que é política?** Tradução Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **A arte poética**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. **Categorias**. Tradução José Veríssimo Teixeira da Mata. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. **Ética A Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. **Metafísica**. V. II. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Retórica**. Tradução Manuel Alexandre Júnior. 2ª ed. v. VIII, tomo I. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa, 2005.

ARNAUD, André Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

ASCARELLI, Túlio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007.

ASCENSAO, José de Oliveira. **O direito. Introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Tradução Fátima Lourenço Godinho et al. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Estela dos Santos Abreu. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARLOEWEN, Constantin von. **Livro dos saberes**: diálogos com os grandes intelectuais de nosso tempo. São Paulo: Novo Século, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Petrópolis, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **O declínio dos mitos e suas origens**. São Paulo: LTr, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **A liberdade**. Tradução M. F. Gonçalvez de Azevedo. Lisboa: Estampa, 1989.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório de Angelis. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2000.

BECKER, Howard S. **Uma teoria da ação coletiva**. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas comerciais. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BEUCHOT, Maurice. **Historia de la filosofía del lenguaje**. México: Breviarios, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares**: direito internacional privado. Recife: Alves de Albuquerque, 1906.

BILLIER, Jean-Cassien et al. **História da filosofia do direito**. Tradução Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. O advento do Código de Defesa do Consumidor e seu regime básico. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 2, RT, São Paulo, s.d.

_____. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ìcone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista et al. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del Derecho**. Tradução Vicente Herrero. 2ª ed. México: Popular, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSI, Alfredo. **O ser e o tempo da poesia**. São Paulo: Cultrix, 1977.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. 5ª ed. São Paulo: Papirus, 2004.

BOURGOINGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor,** n. 2, RT, São Paulo, s.d.

BOUTMY, E. **Estudos de direito constitucional**. Sorocaba: Minelli, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANCO, Humberto de Alencar Castello. **Discursos proferidos no período de 11 de abri a 31 de dezembro de 1964**. Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMÕES, Luís de. **Os Lusíadas**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

CAMPOS, Hélio Silvio Oure. Globalização e Ética. **Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco**, v. 11, jan./jun., 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução, José Antonio Cardinalli, CONAN. Tradução da edição de 1957 - Edizioni Radio Italiana, 1995.

_____. **Discursos sobre o direito**. Tradução Francisco José Galvao Bruno. Leme: Hebermann, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazine de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2012.
CARVALHO, Kildere Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução Cesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. 9ª reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2012.

_____. **O que é ideologia**. 42ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

CÍCERO, Marco Túlio. **Saber envelhecer e A amizade**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 1ª ed. São Paulo: Editora Schwarcz, 2006.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Con una introducción a la fenomenología egológica, por Daniel e. Herrendorf. Buenos Aires: Depalma, 1987.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

CRUZ JR., Ademar Seabra. **Justiça como Equidade**: Liberais, Comunitaristas e a Autocrítica de John Rawls. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.) et al. **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

D'ORS, Álvaro. **Una Introducción al estudio del Derecho**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DANIEL SARMENTO. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina. (Col. et al.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DARWIN, Charles. **El Origen de las Especies**. Tradução Sérgio Albano. 1ª ed. Buenos Aires: Gradifco, 2007.

DE ARAUJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução Léa Manzi. 5ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DELEUZE, Gilles. **A filosofia crítica de Kant**. Tradução Germiniano Franco Lisboa: Edições 70, 1963.

DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Editora Jus Podvm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2012.

DURANT, Will. **A História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDWIN S. Newman, L. B. **Liberdades e direitos civis**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2005.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESTERMANN, Josef. **Si el sur fuera el norte**. Quito: Abya-yala, 2008.

EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança**: as multinacionais, as estatais e o capital nacional no desenvolvimento dependente brasileiro. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: Ensaio de Programática da Constituição Normativa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. Quarto volume. A falência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6ª ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERRI, Enrico. **Discursos forenses (defesas penais)**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

FERRY, Luc. **A Sabedoria dos Mitos Gregos**: Aprender a viver II. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

_____. **O anticonformista**: uma autobiografia intelectual; entrevistas com Alexandra Laignel-Lavastine. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2012.

FINK, Daniel Roberto. Do sistema nacional de defesa do consumidor. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

FLUSSER, Villem. **Filosofia da caixa preta**: ensaios para uma futura filosofia da fotografia. São Paulo, Hucitec, 1985.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2012.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil** (Grandes nomes do pensamento brasileiro). 27ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

GARCIA, Dinio de Santis. **Introdução à Informática Jurídica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Schimitt**: Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**: diálogos sobre o bem-estar na civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz. 4ª ed. Porto Alegre. Artmed, 2010.

GOETHE. **Os Sofrimentos do Jovem Werther**. Tradução Pietro Nassetti. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

GOLDSTEIN, Jayme. Sobre a Informação Jurídica. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974.

GRACIÁN, Baltasar. **A arte da prudência**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidade y derecho**. Colômbia, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **O pensamento pós-metafisico**. 2ª ed. Trad. Fabio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: ed. tempo brasileiro, 2002.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O discurso filosófico da pós-modernidade. Doze lições**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Spenber. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. I e II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito**.Tradução A. Ribeiro Mentes. 5ª ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAWKING, Stephen W. **Breve história do tempo**: do “big bang” aos buracos negros. 3ª ed. Tradução Ribeiro da Fonseca. Lisboa: Gradiva, 1994.

HEGEL, Goerg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história. 2ª ed. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001.

_____. **Princípios da filosofia do direito** (Berlin, 1920) – material digitalizado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <BuscaLegis.ccj.ufsc.br> Acesso em: 24 ago. 2006.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **História da Filosofia**: de Tomás de Aquino a Kant. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Ontologia (Hermenêutica da facticidade)**. Tradução Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Ser e tempo**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Tradução Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova cultura, 1996.

HELLERN, Victor et al. **O Livro das Religiões**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**: direito e filosofia. Tradução Maria C. Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.

HOBSBAWAM, Eric. **A era do capital**. Tradução Luciano Costa Neto. 3ª ed. Stanford: Argo, 1997.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XX. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.

_____. **O novo século**: entrevista a Antônio Polito. Tradução Cláudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HORVATH, Regis Fernandes de Oliveira Estevão. **Manual de Direito Financeiro**, 5ª ed. São Paulo: RT, 2002.

HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2012.

HUME, David. **Investigación sobre el conocimiento humano**. Tradução Joseph Club. 2ª ed. Madri: Mestas ediciones, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução J. Cretella Jr. et al. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A., 1992.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução Leonidas Hegenberg et al. 3ª ed. Basileia: Cultrix, 1964.

_____. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo. Cultrix, 1965.

KAFKA, Franz. **Essencial Franz Kafka**. Tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi et al. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. **Crítica da razão pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos et. al. 5ª ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Crítica de la razón práctica**. Tradução Antonio Zozaya. 3ª ed. Madri: Mestas ediciones, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Coimbra: Atlântida Editora, 1948.

KARL, Marx. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução Leandro Konder. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Humberto; LOSADO, Mario G. (Org.). **Direito Internacional e Estado soberano**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política – In: BIGNOTTO, Newton, et al.; NOVAES, Adauto. (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Ensaios Sobre a Liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMA, Everardo Moreira. **Publicidade em Catálogos Telefônicos, Monopólio X Livre Concorrência**. Rio de Janeiro: Adcoas, 1997.

LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Filosofia do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIVET, Pierre. **As Normas**. Tradução Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2009.

LLOSA, Mario Vargas. **Sabres e Utopias**: Visões da América Latina. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LOBO, Rogério Leite. **Federalismo Fiscal Brasileiro**: Discriminação das Rendas Tributárias e Centralidade Normativa. Petrópolis: Lumen Juris, 2006.

LOCKE, John. **Carta sobre la tolerancia**. Tradução Román de Villafrechós. 2ª ed. Madri: Mestas ediciones, 2005.

LONGO, Luís Antônio; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.

LOSANO, Mário G. **Lições de Informática Jurídica**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária Ltda, 1974.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Sílvio. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1982.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: Ibrasa, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACLNTYRE, Alasdair. **As idéias de Marcuse**. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Editora Cultrix, 1970.

MALFATTI, Alexandre David. **Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.
MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro, Direito Societário**: Sociedades Simples e Empresárias. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.

MARCHALL, Alfred. **Princípios de economia**: tratado introdutório. Tradução Rômulo Almeida et al. São Paulo: Nova cultura, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista (1848)**. Tradução Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro primeiro: o processo de produção do capital, tomo 2 (capítulos XIII a XXV). São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Tradução Cristina Magro et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. 9ª ed. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MCCREADIE, Karen. **A riqueza das nações de Adam Smith**: Uma interpretação moderna e prática. Tradução Ivan Pedro Ferreira Santos. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENGER, Carl. **Princípios de economia política**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1983.

MERELLO, Italo. **Historia del Derecho**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2012.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Breviarios, 2012.

MICHELAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral**. 4ª ed. v. I. São Paulo: Lawbook, 2000.

MILL, John Stuart. **Princípios da economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. Tomo 11. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, igualdade (os três caminhos)**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia**: lições preliminares. Tradução Guilhermo de La Cruz Coronado. 8ª ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1980.

MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2002.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NERY JR, Nelson**. Código de Processo Civil Comentado**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEWMAN, Edwin S. **Liberdades e Direitos Civis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira**. Tradução Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2012.

_____. **Assim falou Zaratustra**. Tradução Mário da Silva. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987.

_____. **O Anticristo**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **O Crepúsculo dos ídolos**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. **A filosofia na era trágica dos gregos**. Tradução Gabriel Valadão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2007.

_____. **Humano, demasiado humano**. Tradução Sergio Albano. 1ª ed. Buenos Aires: Gradfico, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Ética e economia**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Ciência e dialética em Aristóteles**. São Paulo: Unesp, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti**: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação Jurídica**: da antiga retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001.

PLATÃO. **A República**. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. **A República**. Tradução Leonel Vallandro. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Apologia de Sócrates – O Banquete**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2013.

_____. **Apologia de Sócrates (precedido de Êutifron e Críton)**. Tradução do grego de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Críton (sobre o dever)** Tradução do grego de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Fédon**. Tradução Miguel Ruas. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PROUDHON, Pierre Joseph. **A propriedade é um roubo**. Tradução Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Prof. L. Cabral de Moncada. 4ª ed. Vol. II. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: **Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISSERI, Dário. **História da Filosofia**, v. 1: Filosofia pagã antiga. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 2: Patrística e Escolástica. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 3: Do Humanismo a Descartes. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 4: De Spinoza a Kant. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 5: Do Romantismo ao Empiriocriticismo. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 6: De Nietzsche à Escola de Frankfurt. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. (Coleção história da filosofia).

_____. **História da Filosofia**, v. 7: De Freud à atualidade. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. (Coleção história da filosofia).

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIAO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RESTIFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. Barueri: Manole, 2008.

REYNOLDS, Jack. **Existencialismo**. Tradução Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**: estudos da antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia de Letras: Plurifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro).

RICARDO, David. **Os economistas**: princípio da economia política e tributação. Tradução Paulo Henrique Ribeira Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

ROBLES, Gregório. **O Direito como Texto**: Quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2000.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

ROHDEN, Humberto. **O Pensamento filosófico da antiguidade**. Primeiro volume da obra Filosofia Universal – o drama milenar do homem em busca da verdade integra. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ROONEY, Anne. **A História da Matemática**: desde a criação das pirâmides até a exploração do infinito. São Paulo: M. Books, 2012.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **O contrato social**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Os devaneios do caminhante solitário**. Tradução Júlia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010.

RUSSELL, Bertrand. **No que acredito**. Tradução André de Godoy Vieira. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. Barueri: Manole, 2004.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANT'ANNA, Rubens. Uma Nova Dimensão do Direito. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Poderá o direito ser emancipatório**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SANTOS, Carlos Candal dos. A Cibernética. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1974.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais**. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Teoria do Conhecimento**: gnoseologia e critériologia. 3ª ed. São Paulo: Logos, 1958.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Tratado de Economia**, v. 1. São Paulo: Logos, 1962.
SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Tradução Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. **Esboço para uma teoria das emoções**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SCATIMBURGO, João de. Mudanças Tecnológicas na Civilização Contemporânea. In: **Curso de Cibernética Jurídica**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul 1974.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de conhecer a si mesmo**. Tradução Jair Barboza (alemão) e Silvana Cobucci Leite (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **A arte de escrever**. Tradução Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2005.

_____. **A arte de insultar**. Tradução Karina Jannini (alemão) e Eduardo Brandão (italiano). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Da morte – Metafísica do Amor – Do sofrimento do mundo**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. **O livre-arbítrio**. Tradução Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2012.

SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. São Paulo: FGV, 2002.

SÊNECA, Lúcio Anneo. **Aprendendo a viver**. Tradução do latim de Lúcia Sá Rabello et al. Porto Alegre: L&PM, 2007.

_____. **Sobre a brevidade da vida**. Tradução do latim de Lúcia Sá Rabello et al. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SHAKESPEARE, William. **A comédia dos erros**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2005.

_____. **A megera domada**. Tradução Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2003.

_____. **Antonio e Cleópatra**. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. **Bem está o que bem acaba**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2007.

_____. **Como gostais**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. **Contos de inverno**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. **Hamlet**. Tradução Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 1999.

_____. **Medida por medida**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2012.

_____. **O Mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2010.

_____. **Otelo**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 1999.

_____. **Rei Lear**. Tradução Millor Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 1997.

_____. **Romeu e Julieta**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. **Trabalhos de amor perdido**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SICHES, Luis Recasens. **Filosofía del derecho**. 12ª ed. México: Editorial Porrúa, 1997.

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: Aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina et al. (Colab.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução do grego de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUZA, Carlos Aurélio Motta de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: Ltr., 1996.

STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2005.
TENÓRIO, Igor. **Direito & Informática**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. Tradução Sueli Barros Cassal (francês). Porto Alegre: L&PM, 2000.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna**: De Hobbes a Marx. São Paulo: Clacso, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução Jorge M. Seña (alemão). Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.

VIEIRA, José Ribas et al. **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIEIRA, Pe. Antonio. **Essencial Padre Antonio Vieira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Ed. Max Limonad, 1997.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2007.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância (por ocasião da morte de Jean Calas, 1763)**. Tradução William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia do ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução Pietro Nassetti. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

_____. **Ciência e Política**: duas vocações. Tradução Jean Malville. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

_____. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. V. 2. Tradução Regis Barbosa et al. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WEIL, Eric. **Filosofia Política**. Tradução e apresentação de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1990.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: O uso da analogia no argumento jurídico. Tradução Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WILLIAMS, James. **Pós-Estruturalismo**. Tradução Caio Liudvig. Petrópolis: Vozes, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZIPPELIUS, Heinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real**: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011

_____. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011.

_____. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANEXO I

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a atividade jurisdicional do Estado

A propósito da atividade jurisdicional do Estado, apresentamos em seguida alguns julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

> *“É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.” (Súmula 649.)*
>
> *"A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de Direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas." (RE 642.536-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-2-2013, Primeira Turma, DJE de 27-2-2013).*
>
> *"Ao assinalar que não viola o princípio da separação dos Poderes o controle de legalidade exercido pelo Judiciário, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental, das Centrais Elétricas da Mantiqueira S.A., interposto de decisão do min. Dias Toffoli, que desprovera agravo de instrumento, do qual relator. No acórdão recorrido, o tribunal de origem consignara que ‘em linha de princípio, o Poder Judiciário controla somente o aspecto da legalidade estrita do ato administrativo, ou seja, o plano de validade do mesmo. Todavia, em se tratando de Direitos da terceira geração, envolvendo interesses difusos e coletivos, como ocorre com afetação negativa do meio ambiente, o controle deve ser da legalidade ampla’. Inicialmente, explicitou-se que, na espécie, referir-se-ia à suspensão de estudos de viabilização de usina hidrelétrica. Asseverou-se não ser o caso de ofensa ao aludido princípio (CF, art. 2º). No mais, sublinhou-se ser vedado o reexame de fatos e provas dos autos." (AI 817.564-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 18-12-2012, Primeira Turma, Informativo 693.)*
>
> *"A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para*

sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis." (AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-12-2012, Plenário, DJE de 22-4-2013.)

"Esta Corte já firmou a orientação de que é possível a imposição de multa diária contra o poder público quando esse descumprir obrigação a ele imposta por força de decisão judicial. Não há falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional." (AI 732.188-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 12-6-2012, Primeira Turma, DJE de 1º-8-2012.) No mesmo sentido: ARE 639.337-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

"A jurisprudência desta Suprema Corte entende plenamente cabível o controle de constitucionalidade dos atos de imposição de penalidades, especialmente à luz da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do uso de exações com efeito confiscatório (cf., e.g., a ADI 551 e a ADI 2.010). Portanto, como a relação entre a pena imposta e a motivação que a fundamenta não é imune ao controle de constitucionalidade e de legalidade, as correções eventualmente cabíveis não significam quebra da separação dos Poderes. De fato, essa calibração decorre diretamente do sistema de checks and counterchecks adotado pela Constituição de 1988, dado que a penalização não é ato discricionário da administração, aferível tão somente em termos de conveniência e de oportunidade." (RE 595.553-AgR-segundo, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-5-2012, Segunda Turma, DJE de 4-9-2012.)

"A criação, por lei de iniciativa parlamentar, de programa municipal a ser desenvolvido em logradouros públicos não invade esfera de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo." (RE 290.549-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28-2-2012, Primeira Turma, DJE de 29-3-2012.)

"O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais." (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012.)

"O art. 51 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não confere competência ao Ministério Público fluminense, mas apenas cria o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantindo a possibilidade de participação

do Ministério Público. (...) Inconstitucionalidade da expressão 'Poder Judiciário', porquanto a participação de membro do Poder Judicante em Conselho administrativo tem a potencialidade de quebrantar a necessária garantia de imparcialidade do julgador. (...) Ação que se julga parcialmente procedente para: (...) declarar a inconstitucionalidade da expressão 'Poder Judiciário'." (ADI 3.463, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-10-2011, Plenário, DJE de 6-6-2012.)

"Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do chefe do Poder Executivo Distrital na condução da administração pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público." (ADI 3.343, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 1º-9-2011, Plenário, DJE de 22-11-2011)[646]*.*

"É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo." (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.) No mesmo sentido: ARE 725.968, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 7-12-2012, DJE de 12-12-2012; ARE 635.679-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 6-12-2011, Primeira Turma, DJE de 6-2-2012.

"Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. (...) O sistema 'belga' ou 'da contenciosidade limitada', adotado pelo Brasil, investe o STF na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do Direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/1980 (...). O presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do STF apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos Direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos tribunais internos. (...) O princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), indica não competir ao STF

---

[646] Segundo Jorge Miranda, "(...) não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam)." MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 1. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 12.

rever o mérito de decisão do presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. (...) A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de Direito público externo, representada na pessoa de seu chefe de Estado, o presidente da República. A reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo presidente da República e, consequentemente, incabível a reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. (Rcl 11.243, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-6-2011, Plenário, DJE de 5-10-2011.)

"As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes." (ADI 4.102-MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2010, Plenário, DJE de 24-9-2010.) Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.

"Trata-se de ação direta na qual é objetivada a declaração de inconstitucionalidade de diversos preceitos da Constituição sergipana e de seu ADCT. (...) Art. 37, caput e parágrafo único, da Constituição estadual (...). Em termos de despesas haveria a fixação de um 'piso'. A Assembleia Legislativa teria limites para a elaboração da sua proposta orçamentária. Seria inconstitucional a expressão 'nunca inferior a três por cento e', vez que não há no texto da Constituição do Brasil preceito que fundamente a limitação." (ADI 336, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2010, Plenário, DJE de 17-9-2010.)

"Separação dos Poderes. Possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. (...) Cabe ao Poder Judiciário, a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação." (AI 640.272-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-10-2007, Primeira Turma, DJ de 31-10-2007.) No mesmo sentido: AI 746.260-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 7-8-2009.

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 5.913/1997, do Estado de Alagoas. Criação da Central de Pagamentos de Salários do Estado. Órgão externo. Princípio da separação de poderes. Autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário. (...) A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia financeira e administrativa. A presença de representante do Poder Judiciário na Central de Pagamentos de Salários do Estado de Alagoas (CPSAL) não afasta a inconstitucionalidade da norma, apenas permite que o Poder Judiciário interfira, também indevidamente, nos demais Poderes." (ADI 1.578, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 3-4-2009.)

“O exame da presente controvérsia mandamental suscita reflexão em torno de matéria impregnada do mais alto relevo jurídico, pois está em debate, neste processo, para além da definição do alcance de uma regra de caráter procedimental (CF, art. 62, § 6º), a própria integridade do sistema de poderes, notadamente o exercício, pelo Congresso Nacional, da função primária que lhe foi constitucionalmente atribuída: a função de legislar. Ao julgar a ADI 2.213-MC/DF, de que sou relator, salientei, então, a propósito da anômala situação institucional que resulta do exercício compulsivo do poder (extraordinário) de editar medidas provisórias, que o postulado da separação de poderes, que impõe o convívio harmonioso entre os órgãos da soberania nacional, atua, no contexto da organização estatal, como um expressivo meio de contenção dos excessos, que, praticados por qualquer dos Poderes, culminam por submeter os demais à vontade hegemônica de um deles apenas. (MS 27.931-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 27-3-2009, DJE de 1º-4-2009.)

"É absolutamente incompossível ao Poder Legislativo, por meio de decreto legislativo, interferir em ato espontâneo de adesão dos servidores ao PDV previsto na Lei 4.865, de 1996. Na verdade, o decreto legislativo invade competência específica do Poder Executivo que dá cumprimento à legislação própria instituidora desse programa especial de desligamento espontâneo dos servidores públicos.” (RE 486.748, voto do Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 17-2-2009, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009.) No mesmo sentido: RE 598.340-AgR, Rel. Min Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, DJE de 18-3-2011.

“Fidelidade partidária. Ação direta de inconstitucionalidade aJuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos TREs, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I; arts. 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e parágrafo único), os requisitos e Direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e parágrafo único; e art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista no art. 22, I, e arts. 48 e 84, IV, da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo STF nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da

necessária reserva de lei em sentido estrito (art. 128, § 5º, e art. 129, IX, da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato 'pertenceria' ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos Poderes (arts. 2º e 60, §4º, III, da Constituição). O STF, por ocasião do julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro relator. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um Direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE." (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008, Plenário, DJE de 17-4-2009.)

"Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 (...). Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do Juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Ministro Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do Poder Legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o Texto Magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao Direito do Magistrado enquanto manifestação do Poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de Jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de Direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes

incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. (ADC 4, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, Informativo 522.

"(...) Especialização, por resolução do Tribunal Regional da 4ª Região, da Segunda Vara Federal de Curitiba/PR para o julgamento de crimes financeiros. Remessa dos autos ao juízo competente. Ofensa ao princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CB) e à reserva de lei. Inocorrência. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no art. 5º, II, da CB, ou seja, pela reserva da norma. No enunciado do preceito – 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' – há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei e (ii) vinculação às definições 'decorrentes' – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da 'reserva da lei'; no segundo, em face da 'reserva da norma' (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental). Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa 'reserva de lei em termos relativos' (= 'reserva da norma') não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule. Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei (...) das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despiciente – verba cum effectu sunt accipienda. A legalidade da Resolução 20 do presidente do TRF 4ª Região é evidente. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade. Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente – não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de 'função normativa'. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorre de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos Poderes. (HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-2008, Primeira Turma, DJE de 13-2-2009.)

"Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional,

perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junge essa organização aos princípios 'estabelecidos' por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, caput Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo 'direção' nos incisos II, III, IV, V do art. 2° do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do CNJ." (ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 20-8-2008, Plenário, DJE de 18-12-2009.)

"(...) Esta Suprema Corte não pode, por isso mesmo, substituindo-se, inconstitucionalmente, ao legislador, estabelecer, com apoio em critérios próprios, meios destinados a viabilizar a imediata incidência da regra constitucional mencionada (CF, art. 14, § 9º), ainda mais se se considerar que resultarão, dessa proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros, restrições que comprometerão, sem causa legítima, a esfera jurídica de terceiros, a quem não se impôs sanção condenatória com trânsito em julgado. É preciso advertir que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. A definição de outras hipóteses de inelegibilidade e o estabelecimento do lapso temporal em que tais restrições jurídicas subsistirão encontram, no Congresso Nacional – e neste, apenas –, o sujeito concretizante da cláusula fundada no § 9º do art. 14 da Constituição, a significar que, na regência dessa matéria, há de prevalecer o postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal, como tem sido proclamado, pelo TSE, nas sucessivas decisões que refletem, com absoluta fidelidade e correção, a orientação consagrada na Súmula 13/TSE. Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, na matéria em questão, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios de inelegibilidade, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (ADPF 144, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-2008, Plenário, DJE de 26-2-2010).

"Cumpre ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo, essas funções, viola o disposto no art. 2º da CB, que afirma a interdependência – independência e harmonia – entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." (ADI 3.458, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-2-2008, Plenário, DJE de 16-5-2008.) Vide: ADI 1.933, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-4-2010, Plenário, DJE de 3-9-2010; ADI 2.214-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-2-2002, Plenário, DJ de 19-4-2002.

“Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo Plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do Direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão. (...) Apesar das modificações implementadas pela EC 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o Direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do Direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do Direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do Direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a Direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).” (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.) No mesmo sentido: MI 3.322, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-6-2011, DJE de 6-6-2011; MI 1.967, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 24-5-2011, DJE de 27-5-2011. Vide: MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006.

"Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local." (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 29-6-2007.) No mesmo sentido: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-6-2010, Plenário, DJE de 15-2-2011.

“Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de 'relevância' e 'urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997).” (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-

2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.) No mesmo sentido: ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, DJE de 27-6-2012.

"A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à Jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006.) Vide: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.

"O acerto ou desacerto da concessão de liminar em mandado de segurança, por traduzir ato jurisdicional, não pode ser examinado no âmbito do Legislativo, diante do princípio da separação de poderes. O próprio Regimento Interno do Senado não admite CPI sobre matéria pertinente às atribuições do Poder Judiciário (art. 146, II)." (HC 86.581, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-2-2006, Plenário, DJ de 19-5-2006.)

"Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de Direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'." (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.) No mesmo sentido: RE 582.825, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 22-3-2012, DJE de 17-4-2012; RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010; RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-2009, Segunda Turma, DJE de 29-5-2009.

"Ação cível originária. Mandado de segurança. Quebra de sigilo de dados bancários determinada por CPI de Assembleia Legislativa. Recusa de seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil. LC 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação.

Inteligência. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na CF de 1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de checks-and-counterchecks adotado pela CF de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos Estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a LC 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição." (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-2004, Plenário, DJ de 11-11-2005.)

"Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da administração. (...) A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o Direito de defesa." (RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1º-7-2005).

"(...) Os Magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa – considerado o princípio da divisão funcional do poder –, não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos Magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusa a própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo. Precedentes." (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.)

"Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional." (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, Plenário)

"Lei 1.952, de 19 de março de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul, que transfere os depósitos judiciais, referentes a tributos estaduais, à conta do erário da unidade federada. Não ocorrência de violação aos princípios constitucionais da separação dos Poderes, da isonomia e do devido processo legal (CF, arts. 2º e 5º, caput e inciso LIV), e ao art. 148, I e II,

da Carta Federal. Incólume permanece o princípio da separação dos Poderes, porquanto os depósitos judiciais não são atos submetidos à atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa, da mesma forma que os precatórios." (ADI 2.214-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-2-2002, Plenário, DJ de 19-4-2002.) No mesmo sentido: ADI 1.933, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-4-2010, Plenário, DJE de 3-9-2010. Vide: ADI 3.458, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-2-2008, Plenário, DJE de 16-5-2008.

"O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.

"Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da independência do Poder (ADI 135/PB, Gallotti, 21-11-1996): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado 'controle externo', com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado." (ADI 98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-1997, Plenário, DJ de 31-10-1997.)

"Suspensão dos efeitos e da eficácia da MP 375, de 23-11-1993, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/1951, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/1985, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos Poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo." (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-1993, Plenário, DJ de 31-10-1997).

"Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos Poderes." (ADI 676, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-7-1996, Plenário, DJ de 29-11-1996.) No mesmo sentido: ADI 770, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-7-2002, Plenário, DJ de 20-9-2002; ADI 165, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-1997, Plenário, DJ de 26-9-1997.

"Crime de tráfico de entorpecentes praticado por estrangeiro – Aplicabilidade da Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro – Súdito colombiano – Expulsão do território nacional – Medida político-administrativa de proteção à ordem pública e ao interesse social – Competência exclusiva do presidente da República – Ato discricionário – Análise, pelo Poder Judiciário, da conveniência e da oportunidade do ato – Impossibilidade – Controle jurisdicional circunscrito ao exame da legitimidade jurídica do ato expulsório – Inocorrência de causas de inexpulsabilidade – Art. 75, II, da Lei 6.815/1980 – Inexistência de Direito público subjetivo à permanência no Brasil – Plena regularidade formal do procedimento administrativo instaurado

– Pedido indeferido. A expulsão de estrangeiros – que constitui manifestação da soberania do Estado brasileiro – qualifica-se como típica medida de caráter político-administrativo, da competência exclusiva do presidente da República, a quem incumbe avaliar, discricionariamente, a conveniência, a necessidade, a utilidade e a oportunidade de sua efetivação. Doutrina. Precedentes. O julgamento da nocividade da permanência do súdito estrangeiro em território nacional inclui-se na esfera de exclusiva atribuição do chefe do Poder Executivo da União. Doutrina. Precedentes. O poder de ordenar a expulsão de estrangeiros sofre, no entanto, limitações de ordem jurídica consubstanciadas nas condições de inexpulsabilidade previstas no Estatuto do Estrangeiro (art. 75, II, a e b). O controle jurisdicional do ato de expulsão não incide, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, sobre o juízo de valor emitido pelo chefe do Poder Executivo da União. A tutela judicial circunscreve-se, nesse contexto, apenas aos aspectos de legitimidade jurídica concernentes ao ato expulsório. Precedentes. (...) Para efeito de incidência da causa de inexpulsabilidade referida no art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980, mostra-se imprescindível, no que concerne à pessoa do filho brasileiro, a cumulativa satisfação dos dois requisitos fixados pelo Estatuto do Estrangeiro: (a) guarda paterna e (b) dependência econômica. "Precedentes." (HC 72.851, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-1995, Plenário, DJE de 28-11-2008.) No mesmo sentido: HC 85.203, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-8-2009, Plenário, DJE de 16-12-2010; HC 82.893, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-12-2004, Plenário, DJ de 8-4-2005. Vide: HC 101.269, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-8-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010.

"Ação direta de inconstitucionalidade – Medida provisória de caráter interpretativo – Leis interpretativas – A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória – Princípio da irretroatividade – Caráter relativo – Leis interpretativas e aplicação retroativa – Reiteração de medida provisória sobre matéria apreciada e rejeitada pelo Congresso Nacional – Plausibilidade jurídica – Ausência do periculum in mora – Indeferimento da cautelar. É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de Direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo presidente da República. O princípio da irretroatividade 'somente' condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao status libertatis da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao status subjectionais do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) a 'segurança' jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a

retroprojeção normativa da lei 'não' gere e 'nem' produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, 'ordinariamente', dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, 'não' assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. A questão da retroatividade das leis interpretativas. (ADI 605-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993.) No mesmo sentido: RE 566.621, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-2011, Plenário, DJE de 11-10-2011, com repercussão geral.

ANEXO II

A dignidade da pessoa humana conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Aproveitamos a ocasião para colacionarmos alguns julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal envolvendo a questão da dignidade da pessoa humana.

Após uma exaustiva pesquisa sobre o tema em apreço, apresentamos os seguintes julgados:

> *DIREITO CIVIL. DIREITO AO ESQUECIMENTO. "A exibição não autorizada de uma única imagem da vítima de crime amplamente noticiado à época dos fatos não gera, por si só, direito de compensação por danos morais aos seus familiares". O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Na abordagem do assunto sob o aspecto sociológico, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova roupagem na modernidade: a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da intimidade (ou privacidade) por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública. Acrescente-se a essa reflexão o sentimento, difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual pautada na permissividade, segundo o qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade. Sob outro aspecto, referente à censura à liberdade de imprensa, o novo cenário jurídico apoia-se no fato de que a CF, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o faz traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos. Assim, não se pode hipertrofiar a liberdade de informação à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana. A explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família – prevista no § 1º do art. 220, no art. 221 e no § 3º do art. 222 da CF –, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de o direito à informação livre de censura ter sido inserida no seleto*

grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, IX), a CF mostrou sua vocação antropocêntrica ao gravar, já no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da república, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos. A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e, até mesmo, o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, tendo sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. Ademais, a permissão ampla e irrestrita de que um fato e pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do evento – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Nesses casos, admitir-se o "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. Além disso, dizer que sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deverá prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos pode violar o próprio texto da Constituição, que prevê solução exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, LX). A solução que harmoniza esses dois interesses em conflito é a preservação da pessoa, com a restrição à publicidade do processo, tornando pública apenas a resposta estatal aos conflitos a ele submetidos, dando-se publicidade da sentença ou do julgamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Civil e art. 93, IX, da Constituição Federal. Por fim, a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar. Isso vale até mesmo para notícias cujo conteúdo seja totalmente verídico, pois, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado. Nesse contexto, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, se assim desejarem, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor – o que está relacionado com sua ressocialização – e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Todavia, no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e se vai adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar

desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. Nesse contexto, deve-se analisar, em cada caso concreto, como foi utilizada a imagem da vítima, para que se verifique se houve, efetivamente, alguma violação aos direitos dos familiares. Isso porque nem toda veiculação não consentida da imagem é indevida ou digna de reparação, sendo frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico. Assim, quando a imagem não for, em si, o cerne da publicação, e também não revele situação vexatória ou degradante, a solução dada pelo STJ será o reconhecimento da inexistência do dever de indenizar. REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013.

"Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

"A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

"A 'escravidão moderna' é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento a liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus Direitos básicos, inclusive do Direito ao trabalho digno. A violação do Direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa 'reduzir alguém a condição análoga à de escravo'." (Inq 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário, DJE de 12-11-2012.)

"A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a

assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao Direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de Direitos sociais básicos, tais como o Direito à educação, o Direito à proteção integral da criança e do adolescente, o Direito à saúde, o Direito à assistência social, o Direito à moradia, o Direito à alimentação e o Direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.)

"(...) a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência". A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. (...) A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. (...) Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o Direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (...) O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera. (ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.)

"A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

"(...) a exigência constante do art. 112, § 2º, da Constituição fluminense consagra mera restrição material à atividade do legislador estadual, que com ela se vê impedido de conceder gratuidade sem proceder à necessária indicação da fonte de custeio. (...) Por fim, também é infrutífero o argumento de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Seu fundamento seria porque 'a norma (...) retira do legislador, de modo peremptório, a

possibilidade de implementar políticas necessárias a reduzir desigualdades sociais e favorecer camadas menos abastadas da população, permitindo-lhes acesso gratuito a serviços públicos prestados em âmbito estadual'; 'a regra (...) tem por objetivo evitar que, através de lei, venham a ser concedidas a determinados indivíduos gratuidades', 'o preceito questionado (...) exclui desde logo a possibilidade de implementação de medidas nesse sentido (concessão de gratuidade em matéria de transportes públicos), já que estabelece um óbice da fonte de custeio'. Sucede que dessa frágil premissa não se segue a conclusão pretendida, pois é falsa a suposição de que a mera necessidade de indicação da fonte de custeio da gratuidade importaria inviabilidade desta. A exigência de indicação da fonte de custeio para autorizar gratuidade na fruição de serviços públicos em nada impede sejam estes prestados graciosamente, donde não agride nenhum Direito fundamental do cidadão. A medida reveste-se, aliás, de providencial austeridade, uma vez que se preordena a garantir a gestão responsável da coisa pública, o equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos e, em última análise, a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas." (ADI 3.225, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-9-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007.)

"O Direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos Direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento alegado é inegável. No que se refere à prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que essa há de ser respeitada." (HC 89.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-8-2006, Segunda Turma, DJ de 22-9-2006.)

"Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492, de 1986). Crime societário. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. (...) Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)." (HC 86.879, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-2-2006, Segunda Turma, DJ de 16-6-2006.) No mesmo sentido: HC 105.953-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-11-2010, DJE de 11-11-2010.

"Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam

crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País." (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

"A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos Direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana." (HC 82.969, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-9-2003, Segunda Turma, DJ de 17-10-2003.)

"A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos Direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo." (HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, DJ de 10-8-2001.)

"DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no Direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do habeas corpus na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria." (HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 31-3-1998, Primeira Turma, DJ de 15-5-1998.)

"Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos." (HC 71.373, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-11-1994, Plenário, DJ de 22-11-1996.)

"Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI). Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29-6-1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do Direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. A autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

"Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos Direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual, 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do Direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana': Direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do Direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva." (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 18-9-2012, Primeira Turma, DJE de 2-10-2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

"A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos Direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de Direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law. Em tema de Direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos Direitos humanos (art. 4º, II)." (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001.)

"Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP (DL 2.848/1940) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado". Pretende-se o reconhecimento do Direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões 'aborto eugênico ou eugenésico' ou 'antecipação eugênica da gestação', afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de Direitos individuais, especificamente, os Direitos sexuais e

reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre Direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (...) Conforme a Resolução 1.480, de 8-8-1997, do Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o CFM, mediante a Resolução 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo dr. Thomaz Rafael Gollop [42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral [43]. (...) No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. (...) Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. (...) De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (...) Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo CFM e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do Direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre Direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos Direitos da mulher, não se encontra o Direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. (...) É de conhecimento corrente que, nas décadas de trinta e quarenta, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina[70]. A literalidade do CP de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja

expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável. (...) mesmo à falta de previsão expressa no CP de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. (...) este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição 'quando se reporta a Direitos da pessoa humana' e até dos 'Direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea, está falando de Direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos Direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade'. É certo, senhor presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. No segundo trecho, este Tribunal assentou que 'a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica'. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em Direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante. Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei 9.434/1997[72], para concluir ser de todo impróprio falar em Direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral. (...) Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum. Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático HC 84.025/RJ, rel. min. Joaquim Barbosa. (...) Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito. (...) Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico a paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire[103]. (...) Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que 'se assegure a cada mulher o Direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças'[105]. Está em jogo o Direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de

ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (...) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os Direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao Direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos Direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (...) Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos Direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o Direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal Direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos Direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º III; 5º, cabeça e II III e X; e 6º, cabeça, da CR. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o Direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro. (ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, DJE de 30-4-2013.)

"(...) Cargo público efetivo. Provimento por estrangeiro. (...) Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos Direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um Direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira, consoante a redação primitiva do art. 37, I, da Lei Maior. Portanto, o art. 243, § 6º,

da Lei 8.112/1990 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição." (RE 346.180-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14-6-2011, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2011.) No mesmo sentido: RE 350.626-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 16-10-2012, Primeira Turma, DJE de 9-11-2012. Vide: RE 544.655-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-9-2008, Segunda Turma, DJE de 10-10-2008.

"O Direito à saúde – além de qualificar-se como Direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do Direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, Plenário, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.

"(...) o Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta (...) para atribuir interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. (...) Salientou-se a evocação do princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, § 8º, da CF. (...) No mérito, evidenciou-se que os dados estatísticos no tocante à violência doméstica seriam alarmantes, visto que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. (...) Registrou-se a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos Direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Reputou-se que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o

antes de recebida a denúncia. (...) Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/1995, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/1995, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual. (ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012, Plenário, Informativo 654).

"A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como 'Direito ao planejamento familiar', fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da 'dignidade da pessoa humana' e da 'paternidade responsável'. (...) A opção do casal por um processo in vitro de fecundação artificial de óvulos é implícito Direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro. De uma parte, para aquinhoar o casal com o Direito público subjetivo à 'liberdade' (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, 'fruto da livre decisão do casal', é 'fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável' (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao Direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião in vitro fosse reconhecido o pleno Direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o Direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010).

"Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O Direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'Direito à incitação ao racismo', dado que um Direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da

igualdade jurídica." (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004).

"As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'Direito à incitação ao racismo', dado que um Direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica." (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

"O Pacto de São José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como Direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º, 5). A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/1988, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos Direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE´s. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Ext 1.091/Panamá. Precedentes: (...)" (HC 91.657, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13-9-2007, Plenário, DJE de 14-3-2008).

"Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de 'defensoria pública dativa'. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inciso LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de um ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)." (ADI 3.892 e ADI 4.270, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14-3-2012, Plenário, DJE de 25-9-2012).

"Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ações diretas, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI), para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão 'na data de expedição do precatório', contida no § 2º do art. 100 da CF; (...). No tocante ao art. 100, § 2º, da CF (...), assinalou-se que a emenda, em primeira análise, criara benefício anteriormente inexistente para os idosos e para os portadores de deficiência, em reverência aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade. Entretanto, relativamente à expressão 'na data da expedição do

precatório', entendeu-se haver transgressão ao princípio da igualdade, porquanto a preferência deveria ser estendida a todos credores que completassem sessenta anos de idade na pendência de pagamento de precatório de natureza alimentícia." (ADI 4.357 e ADI 4.425, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 13 e 14-3-2013, Plenário, Informativo 698.)

"O Direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O Direito à saúde – além de qualificar-se como Direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do Direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

"Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos [60]. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder,

a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula. (...) A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. (...) A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação." (ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, DJE de 30-4-2013).

O Plenário do STF, no julgamento da ADPF 130, declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa). "A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome 'Da Comunicação Social' (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de 'atividades' ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o Direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um Direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...) O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados Direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela CF como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os Direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobre Direitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social

sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional 'observado o disposto nesta Constituição' (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da 'plena liberdade de informação jornalística' (§ 1º do mesmo art. 220 da CF). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009). No mesmo sentido: Rcl 15.243-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-3-2013, DJE de 20-3-2013.

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.542/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do periculum in mora, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. Periculum in mora inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o Direito à vida." (ADI 2.435-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13-3-2002, Plenário, DJ de 31-10-2003).