

# AMAGIS JURÍDICA



Des. Gilson Soares Lemes  
Des. Ramom Tácio de Oliveira  
*Diretores*

# AMAGIS JURÍDICA

## Associação dos Magistrados Mineiros

Ano IX – Número 15 – Volume I – jan./jun. de 2017



Belo Horizonte  
2017

# AMAGIS JURÍDICA

## **Missão da revista Amagis Jurídica:**

Contribuir para o aperfeiçoamento do Direito, por meio da divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecida qualidade.

*Diretoria da Amagis  
Triênio 2016-2018*

### **Presidente:**

Desembargador Maurício Torres Soares

### **Vice-presidente Administrativa:**

Juíza Cristiana Martins Gualberto  
Ribeiro

### **Vice-presidente Financeiro:**

Desembargador Alberto Diniz Junior

### **Vice-presidente de Saúde:**

Juíza Luzia Divina de Paula Peixôto

### **Vice-presidente do Interior:**

Juiz Antônio Carlos Parreira

### **Vice-presidente Sociocultural- Esportivo:**

Juiz Ricardo Torres Oliveira

### **Vice-presidente dos Aposentados e Pensionistas:**

Juiz José Martinho Nunes Coelho

### **Diretor-secretário e Diretor de Comunicação:**

Juiz Christyano Lucas Generoso

### **Subdiretora-secretária:**

Juíza Rosimere das Graças do Couto

## **Conselho Editorial da Revista Amagis Jurídica**

Prof. Me. Gilson Soares Lemes (MG)  
– Presidente do Conselho editorial e  
Diretor da Revista

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira  
(MG) – Diretor da Revista

Prof. Dr. Antonio Rulli Júnior (SP)

Prof. Dr. Dimas Macedo (CE)

Prof. Dr. Fernando José Armando  
Ribeiro (MG)

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio  
Junior (MG)

Prof. Me. Antônio José Pêcego (MG)

Prof. Thiago Colnago Cabral (MG)

Coordenador de Comunicação: Bruno  
Gontijo (MTB – MG 11008)

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral. Política de responsabilidade: O corpo editorial da Amagis Jurídica não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos. Os textos são de responsabilidade de seus autores.

*A Revista Amagis Jurídica* é uma publicação da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)

Rua Albita, 194, Cruzeiro,  
Belo Horizonte, MG

CEP: 30310-160 – Tel.: (31) 3079-3499

[www.amagis.com.br](http://www.amagis.com.br)

# PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

## **ELECTRA MARIA DE ALMEIDA BENEVIDES**

Desembargadora aposentada. A autora cursou Doutorado em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG (1996-1999). Mestra em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2001-2002). Doutoranda em Teoria do Direito pela PUC-MG. Professora em disciplinas penais na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (1989-2017).

## **FABRÍCIO LANCLEDER DE ANDRADE REIS**

Acadêmico do 9º período do curso de Direito da FEOL. Administrador do Hospital Nossa Senhora do Carmo em Carmópolis de Minas. Fisioterapeuta com especialidade em Ortopedia Esportiva pela UFMG.

## **FERNANDO ARMANDO RIBEIRO**

Doutor em Direito (PhD); Professor da PUC-Minas e Juiz do TJMMG

## **FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS**

Especialista em Direito Empresarial pela FADOM e Mestre em Direito Processual pela PUCMINAS. Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras – Divinópolis e da Pós-Graduação em Direito da FAPAM. Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da AACO-MG (Associação dos Advogados do Centro Oeste de Minas). Advogado.

## **JOÃO CARNEIRO DUARTE NETO**

Juiz de Direito do TJMG e especialista em Processo Civil pela Uniderp/MS. Mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi/BA

## **JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA**

Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG; Desembargador do TJMG.

### **JOSÉ MARIA DOS REIS**

Juiz de Direito aposentado perante o TJMG e Professor Universitário de Direito Processual Civil. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho e em Direito Processual Civil pela FADOM. Diretor da 7ª Seccional da AMAGIS. Advogado

### **LUÍS CARLOS B. GAMBOGI**

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG, desembargador do TJMG

### **PABLO GIORDANO BERNARDI BOMBARDELLI**

Mestrando em direito constitucional na UFRGS. Advogado.

### **REINALDO DANIEL MOREIRA**

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela UERJ.

### **REIS FRIEDE**

Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

### **VINÍCIUS LACERDA**

Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	IX
<b>1</b> REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO PENSAMENTO DE KANT – RELATÓRIO DE UM ESTUDO ACADÊMICO (REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN KANT’S THINKING - REPORT OF AN ACADEMIC STUDY) <i>Electra Maria de Almeida Benevides</i> .....	1
<b>2</b> DIFÍCIL MEDIDA: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO, (IN)JUSTIÇA E EQUIDADE EM SHAKESPEARE (DIFFICULT MEASURE: REFLECTIONS ON LAW, EQUITY AND (IN) JUSTICE IN SHAKESPEARE) <i>Fernando Armando Ribeiro</i> .....	19
<b>3</b> DIREITO DISCURSIVO E ROBERT ALEXY (DISCOURSE LAW AND ROBERT ALEXY) <i>João Carneiro Duarte Neto</i> .....	35
<b>4</b> O OBJETO DO PROCESSO NO CPC DE 2015 (HOMENAGEM A RONALDO CUNHA CAMPOS) (THE OBJECT OF THE PROCEDURE – 2015 CIVIL PROCEDURE CODE) <i>José Marcos Rodrigues Vieira</i> .....	63
<b>5</b> O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A COLISÃO ENTRE NORMAS (ART. 489, INCISOS E §§ DO CPC/2015) (THE GROUNDS OF DUTY OF JUDGMENTS AND THE COLLISION BETWEEN STANDARDS: ART. 489, SECTIONS E §§ CPC/2015) <i>José Maria dos Reis</i> <i>Francis Vanine de Andrade Reis</i> <i>Fabício Lanclleder de Andrade Reis</i> .....	91

<p><b>6</b> PROBLEMÁTICA E SENTIDO DOS DIREITOS HUMANOS – BREVE REFLEXÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ          (SET OF ISSUES AND SENSE OF HUMAN RIGHTS – BRIEF REFLECTION IN LIGHT OF THE THOUGHTS OF HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ)  <i>Luís Carlos B. Gambogi</i>.....</p>	115
<p><b>7</b> COLABORAÇÃO PREMIADA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO          (COOPERATION AGREEMENT AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW)  <i>Pablo Giordano Bernardi Bombardelli</i>.....</p>	129
<p><b>8</b> DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL          (CRIMINAL LAW AND CONSTITUTION: ABOUT THE CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL)  <i>Reinaldo Daniel Moreira</i> .....</p>	153
<p><b>9</b> ASPECTOS DA TRANSIÇÃO DO JUSNATURALISMO PARA O JUSPOSITIVISMO          (ASPECTS OF THE TRANSITION FROM JUSNATURALISM TO JUSPOSITIVISM)  <i>Reis Friede</i> .....</p>	175
<p><b>10</b> OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA COMO INSTRUMENTOS DO MERCADO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO          (THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ECONOMIC ACTIVITY AS INSTRUMENTS OF THE MARKET AND THE DEMOCRATIC STATE UNDER THE RULE OF LAW)  <i>Vinicius Lacerda</i> .....</p>	189

## APRESENTAÇÃO

A Amagis continua permanentemente realizando seu trabalho pelo aprimoramento da Justiça, do qual a formação continuada é um dos pilares. Por isso, é uma satisfação apresentar mais uma edição da Revista Amagis Jurídica, que se mantém como espaço adequado para um debate intelectual qualificado.

Nesta edição, um dos artigos trata da questão da colaboração premiada, tema que se encontra na ordem do dia no Brasil e que merece discussão e estudos amplos e aprofundados. O Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, continua sendo objeto de estudos e, neste número da Amagis Jurídica, o leitor encontrará um trabalho sobre o tema. Também estão presentes artigos sobre o jusnaturalismo e o juspositivismo, sobre o Direito Discursivo e Robert Alexy, além de uma interessante reflexão sobre o Direito, (in)justiça e equidade em Shakespeare, e muito mais.

Mais uma vez agradecemos a todos os autores que colaboraram com a Revista e, em especial, aos integrantes do Conselho Editorial e pareceristas, que realizam um trabalho inestimável pela qualidade de nossa publicação.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

*Desembargador Maurício Soares*  
Presidente da Amagis



# 1

## REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO PENSAMENTO DE KANT – RELATÓRIO DE UM ESTUDO ACADÊMICO

(REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF HUMAN  
DIGNITY IN KANT'S THINKING – REPORT OF AN  
ACADEMIC STUDY)

**Electra Maria de Almeida Benevides<sup>1</sup>**

### RESUMO

**Conceituação do tema.** Este estudo foi uma tentativa de compreender o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, levando a outras abordagens, elegendo como parâmetro a obra de KANT, com destaque para a Fundamentação à Metafísica dos Costumes, à Crítica da Razão Prática e à Metafísica dos Costumes, como consta da introdução. Seguem-se considerações sobre a obra kantiana, com ênfase no âmbito jurídico-filosófico. Na trajetória do ideário kantiano interligam-se: a realidade do homem e sua liberdade e racionalidade, esta última conduzindo à Lei Moral que, por sua vez, abre espaço para

---

<sup>1</sup> Desembargadora aposentada. A autora cursou Doutorado em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG (1996-1999). Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2001-2002). Doutoranda em Teoria do Direito pela PUC-MG. Professora em disciplinas penais na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (1989-2017).

distinções fundamentais na esfera do agir do mesmo ser humano – em que a razão já é pressuposto e sede da dignidade.

**Palavras-chave:** Liberdade. Racionalidade. Direito. Agir Humano. Sociabilidade. Dignidade da Pessoa Humana.

### ABSTRACT

Conceptualization of the theme. This study was an attempt to understand the concept of Dignity of the Human Person, leading to other approaches, choosing as a parameter the work of KANT, emphasizing the Rationale to the Metaphysics of Customs, the Critique of Practical Reason and the Metaphysics of Customs, as the introduction. The following are considerations on the Kantian work, with emphasis on juridical-philosophical. In the trajectory of the Kantian ideology the following topics are interconnected: the human reality, its freedom and rationality - this latter leads to the moral law that, in turn, opens space for fundamental distinctions in the sphere of the human being's action - in which reason already it is the presupposition and thirst for dignity.

**Keywords:** Freedom. Rationality. Right. Act Human. Sociability. Dignity of human person.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: a escolha do enfoque Dignidade Humana; 2 Algumas considerações gerais sobre a obra kantiana; 3. A questão da Dignidade Humana no pensamento de Kant, e na Fundamentação da Metafísica dos Costumes; 4. A Dignidade da Pessoa Humana na doutrina atual e na lei; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO:

### A ESCOLHA DO ENFOQUE DIGNIDADE HUMANA

Dentre as facetas da criatura humana nenhuma atinge maior relevo nos tempos atuais - e mesmo nos tempos idos - do que a de sua dignidade. Todos os dias, invariavelmente, nos últimos anos, a mídia, por seus veículos diversos, despeja enxurrada de notícias, sempre trágicas e cada vez mais deprimentes, de atentados criminosos a essa dignidade, erigida em vão – é forçoso pensar – como princípio jurídico constitucional e tutelar.

Ora são as sequelas, que estão à vista e sob indiferença generalizada, de práticas políticas desonestas e corruptas, construídas sobre a mais vergonhosa desigualdade social, que empobrecem e vulneram a grande massa da população carente; ora são os massacres de minorias políticas, étnicas, raciais, religiosas, em regra, grupamentos humanos desfavorecidos, indefesos e vulneráveis, em que mulheres, crianças e idosos são as vítimas por excelência. Execuções bárbaras, sumárias, clandestinas ou públicas, muitas vezes usadas como propaganda ideológica para instaurar e motivar terror. Fugas em massa de territórios em guerra, fome, doenças, naufrágios, acampamentos precários, miséria, dor, desespero e desesperança.

Diante desses cenários de perversidade e hediondez, as perguntas afloram, incômodas e persistentes: A dignidade Humana tem validade? Onde foi parar a dignidade dessas criaturas humanas, reduzidas a escombros, como as casas que porventura lhes houvessem servido de abrigo? Mesmo se a paz, a misericórdia e a compaixão houvessem desertado da sociedade humana, não haveria de subsistir qualquer espécie de garantia de direitos que se possa opor a tanta iniquidade? Qual a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana?

Constituindo-se em princípio fundamental, imperativo nas modernas constituições, a dignidade humana é, sobretudo, imanente ao Direito. E sob a perspectiva do Direito, surgem múltiplos questionamentos: A dignidade humana preexiste ao direito? Existe dignidade humana sem a tutela jurídica? É o comando normativo que torna inviolável o princípio da dignidade humana? Qual a justificativa jurídico-filosófica do princípio da dignidade humana? Seu fundamento seria, de fato, a racionalidade do homem? Considerado um dos maiores arquitetos do pensamento moderno, criador de uma nova concepção filosófica sediada na razão, Kant teria, em sua obra magnífica, resposta para tais indagações? Isso conduz, então, *prima facie*, ao conceito de Dignidade Humana e às raízes filosóficas do princípio em tela.

Neste breve estudo, pelas suas estreitas lindes, não há como abranger a evolução jurídico-normativa, ou do direito positivo, da propalada dignidade humana, matéria cujo relevo e disseminação liga-se às transformações político-sociais e religiosas, experimentadas pelos povos do ocidente, desde os primórdios da Era Cristã, com seu

ápice nos tempos modernos, no fulgor do pensamento iluminista, de vitórias político-democráticas e edificação de códigos e constituições. Ademais, as conquistas dos direitos humanos e o reconhecimento dos princípios impostergáveis que os sedimentam são bem conhecidos e cuidadosamente registrados nas fontes histórico-dogmáticas, embora não observados e respeitados na mesma proporção.

Assim, o trajeto deste refletir vai cingir-se à área jurídico – filosófica e deve iniciar-se pela gênese do tardio e inovador princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio que alicerça todo conjunto de normas de Direito Constitucional.

Seguindo o roteiro histórico de Travessoni, no início de sua obra “Fundamento de Validade do Direito” – Kant e Kelsen,<sup>2</sup> perpassando pelas ideias originais dos mestres gregos, retomadas e desenvolvidas no milênio medieval, vadeia-se do Direito natural tradicional a uma nova dimensão deste Direito, que “passa a ser visto sob um aspecto subjetivo”. Em consequência de tal inversão, tornou-se possível o surgimento de doutrinas que deram nascimento a enunciados de Direitos Fundamentais, presentes em declarações e constituições revolucionárias. Lembrando que, em todas estas concepções de direito natural, há uma ideia comum, qual seja a de que o conteúdo do Direito Positivo se submete ao comando, aos ditames da lei natural. Travessoni conclui, *prima facie*, que, se o conteúdo do Direito está vinculado ao Direito natural, então o fundamento do Direito é material. E mais é ressaltado e questionado a exemplo: “Da concepção do fundamento da validade da ordem jurídica dependem questões práticas atuais como: por que se deve obedecer a um determinado conjunto de normas?”<sup>3</sup>

Não sendo aqui permitido enveredar pelo contexto da profunda tese do Prof. Travessoni, na obra ora citada, que vai de Kant a Kelsen, certamente retornar-se-á a ela, na recolha de algumas lições do autor. Agora cumpre prosseguir na linha mestra, seguindo o precioso fio de Ariadne, fornecido pelo mesmo autor, para o desenvolvimento das reflexões propostas neste estudo. A saída do labirinto será buscada à

<sup>2</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito** – Kant e Kelsen. 2004.

<sup>3</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito** – Kant e Kelsen. 2004, p. 24

luz do pensamento de Kant. Nele espera-se encontrar o caminho que conduza a uma compreensão mais ampla e segura dos fundamentos da validade do Princípio da Dignidade Humana. Compreensão que implica, antes de tudo, no conceito do que seja um princípio e de como depreender o significado de dignidade na doutrina de Kant.

## 2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A OBRA KANTIANA

Para falar sobre Kant e sua obra seria preciso despender anos de estudo e dedicação exclusiva. E ainda assim é provável que estudiosos iniciantes pouco pudessem reproduzir com segurança do universo das ideias do filósofo de Königsberg. Mas isso não impediu que milhares de obras sobre a doutrina kantiana fossem escritas e difundidas no âmbito acadêmico e fora dele, desde o final do século XVIII até nossos dias, algumas delas objeto de rápidas consultas, constantes das referências finais destas páginas.

Tendo em vista os objetivos deste artigo, serão aqui enfocadas apenas as ideias básicas das obras de Kant que interessam diretamente ao tema, a saber: a *Crítica da Razão Pura* (1781), que versa sobre o conhecimento; a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785); a *Crítica da Razão Prática* (1788) e a *Metafísica dos Costumes* (1797), versando estas três últimas sobre a Ética e a Moralidade. A liberdade preside a todo o universo de Kant, do conhecimento, à moral e ao Direito. A Moral, por sua vez, conduz à reflexão sobre o Direito e seu fundamento de Justiça.

Vale lembrar que tendo a liberdade como o eixo de seu pensamento filosófico, Kant abre as asas dessa liberdade para cortar espaço e tempo e fundar suas teorias na Razão Pura e na Razão Prática, indo do trajeto especulativo, que conduz à construção da ideia, ao trajeto onde a realidade se plasma na liberdade como condição para a Lei Moral. Daí, descortinam-se ideias outras como a da imortalidade da alma e da existência de Deus. E a ideia de Deus, da vontade divina e de sua lei eterna, veio de longe, emergindo das brumas da ordem natural, do Teocentrismo medieval, e, por fim, refletida e deduzida na razão. Veio nos volteios das correntes jusnaturalistas, onde presente a

ideia de um Direito superior, que vincularia o Direito positivo, como o assinalou Travessoni.

Mergulhando em Kant e Kelsen, em seu percurso pela busca do fundamento da validade do Direito, Travessoni analisa o Jusnaturalismo (que ele divide em antigo, medieval-cristão e moderno), chegando a Tomás de Aquino e fazendo saber que o Doutor da Suma Teológica, recebendo os ensinamentos de Aristóteles, definiu a justiça como hábito que realiza a igualdade e tem como fim o bem comum. Travessoni, comentando Tomás de Aquino e suas quatro espécies de leis (eterna, natural, humana e divina) chega ao homem como partícipe da lei eterna. Assim é que, dotado de razão, diferentemente dos seres inanimados e irracionais – submetidos à lei eterna de maneira cega – o homem participa dessa lei mercê de sua racionalidade. “Por intermédio da razão o homem encontra o princípio supremo da lei natural que manda fazer o bem e evitar o mal”<sup>4</sup>. Embora de forma imperfeita, a razão humana participa da razão divina, daí decorrendo a necessidade da razão prática estabelecer sanções em relação a determinadas ações particulares, o que se dá através da lei humana. Em suma, sendo o homem, pela razão, partícipe da lei divina, tal lei natural concede ao homem os princípios dos quais deriva a lei humana cujo objetivo é o bem da comunidade.<sup>5</sup>

Dentre as citadas obras de Kant, avulta de importância a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, estruturada em um prefácio e três seções, e que muitos filósofos consideram a obra prima por excelência sobre a moral. Como ideias principais dessa obra citam-se: O conceito de moralidade é alterado e Kant introduz conceitos como o de *Boa Vontade*. Apenas as leis universais seriam leis morais. A ação humana, quando universalmente aceita, torna-se uma Lei Moral a ser observada por todos em face da razão. Kant aborda a passagem do conhecimento vulgar para o filosófico, a transição da filosofia moral popular para a Metafísica dos Costumes e a passagem da Metafísica dos Costumes para a Crítica da razão Pura Prática. São vistas a

<sup>4</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito** – Kant e Kelsen. 2004, p p..76 -77

<sup>5</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito** – Kant e Kelsen..2004, p. 77.

Física, a Ética e a Lógica como as três partes em se acha dividida a velha filosofia grega, cuidando as duas primeiras do conhecimento dito material e a lógica do conhecimento formal, “que se ocupa do entendimento, da razão e das regras universais do pensar em geral, sem distinção de objetos”<sup>6</sup> E não tem parte prática. São comentadas as filosofias naturais, morais e puras. A primeira, natural, é regida pelas leis da natureza (metafísica da natureza), guiada pelo “ser” categórico. A segunda, moral, abriga as leis da liberdade ou teoria dos costumes – ou ainda metafísica dos costumes –. Guia-se pelas regras do hipotético, do “dever ser”. Suas leis não são necessariamente obrigatórias, admitindo a hipótese do descumprimento ou relativização, envolvendo a vontade do homem, que é a razão no sentido prático, e que representa conceito fundamental para Kant. A terceira seria a filosofia formal, a lógica pura.

Assim, a razão teórica ocupa-se das leis da natureza, do “ser” e a razão em sentido prático - um dos conceitos fundamentais em Kant - não se ocupa das leis da natureza, mas das leis que guiam o agir do ser humano como ser racional, dotado de liberdade. São bem distintos então o “ser” e o “dever ser”, ou seja, o pensamento racional e o pensamento empírico. Duas são as formas de conhecimento: o empírico, ou *a posteriori*, baseado no sensível, e o puro, racional ou *a priori*, que não depende de experimentação.

As leis morais, portanto, não provêm da experiência. Produto do racional, elas são pressuposto de pureza. Não recorrendo ao conhecimento humano, dita filosofia moral, ou Metafísica dos costumes, fornece ao homem leis *a priori*, eis que investiga a origem dos princípios práticos contidos aprioristicamente na razão. Sabe-se que Kant diferencia a metafísica dos costumes da Filosofia Prática Universal, proposta por Wolff – não cabendo aqui maior detalhamento, exceto ressaltar existir na Teoria kantiana o fator vontade pura, determinada por princípios *a priori*. Destarte, é possível ver que o objetivo da Fundamentação da Metafísica dos costumes é buscar um princípio de moralidade que seja o fundamento dos costumes e do agir moral. O ponto de partida desse agir humano seria a boa vontade e esta constitui a condição indispensável para que o homem seja digno de feli-

<sup>6</sup> MARTINS, Reno Sampaio. mesquita.com.br. Acesso em 06 jun. 2017.

cidade. Para Kant, a mera vontade já poderia ser suficiente para que determinada conduta seja considerada valorosa.

Kant distingue razão e instinto da seguinte forma: o instinto, a princípio, orientaria a melhor escolha para garantir a autopreservação e a razão destinar-se-ia a produzir uma vontade boa em si mesma e não boa para atingir outros fins. Kant apresenta vários exemplos onde se tem: o agir conforme ou desconforme ao dever, com conteúdo moral e sem conteúdo moral. “Uma ação praticada por dever vale pela máxima que a determina, tem o seu objeto na vontade”. Kant ensina como saber se a conduta praticada é moral: é preciso observar a conduta e indagar se ela deve ser universalmente utilizada. Se for boa para a coletividade será tida como moralmente aceita. Com referida obra, da fundamentação, Kant pretende expor que a razão é o motor que distingue o homem dos demais seres.<sup>7</sup> Dessa racionalidade vai decorrer o relevo de sua dignidade, aqui examinada. Na análise do dever, da máxima e da Lei Moral na obra kantiana, somente as ações praticadas por respeito ao dever, sem influência de interesses e vantagens, possuem um valor moral. O respeito pela Lei Moral é a própria moralidade.

### **3. A QUESTÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO PENSAMENTO DE KANT, E NA FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES**

Joaquim Carlos Salgado ensina que Kant sempre mostrou preocupação pela metafísica, em especial pela metafísica dos costumes. Afirma ele: “Nenhuma teoria da moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso universais, garantidores da sua validade”.<sup>8</sup> Kant, à semelhança de Sócrates, procura mostrar na Fundamentação que todo ser dotado de razão tem capacidade moral e não necessita de nenhum código ditado pelos filósofos

<sup>7</sup> MARTINS, Reno Sampaio Mesquita. **Um estudo sobre a Fundamentação da metafísica dos costumes à luz de Immanuel Kant**. In âmbito jurídico.com.br. Acesso em 06 jun 17.

<sup>8</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia da justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade**. p.147

para conhecer a lei moral, cumprindo-a ou não, decidindo pelo bem ou pelo mal. A razão existe para a moral, mas ela precisa também justificar a ação moral.

Ao abordar a definição do direito em Kant, Salgado<sup>9</sup> expõe a lição kantiana de o homem viver em dois mundos, o moral e o inteligível; e a necessidade da coação presente no direito, coação ética cuja função educadora restaura a liberdade e possibilita ao homem alcançar sua maioridade. “O direito está visceralmente comprometido com o social”.

Com efeito, Kant entende que a humanidade é a matéria ou o fim de todas as máximas moldadas pela Lei Moral. E portanto, independentemente de normas jurídicas, de normas religiosas, de normas consuetudinárias, o ser racional já possui a dignidade como princípio em sua legislação moral. Isto significa que o respeito à humanidade reside, antes de tudo, na própria razão.

Dizem os estudiosos que Kant foi o primeiro pensador a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor (preço), e que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e em função de sua autonomia enquanto ser racional<sup>10</sup>.

A autonomia faz sentido na aceção de um agir. Vai-se aqui a Karine Salgado, que centrando dissertação sobre “A paz perpétua” de Kant, discorre sobre o agir e a boa vontade, e cita o Mestre: “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação de leis, isto é, segundo princípios; ou: só ele tem uma vontade.”<sup>11</sup> Assim, se pode concluir que só os seres humanos, enquanto seres racionais submetidos a Leis Morais, têm personalidade e é nela que se funda o sistema de proteção aos direitos humanos. Sobretudo quando Kant interpõe a igualdade na atribuição da dignidade.

---

<sup>9</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia da justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade.** p. 283-288

<sup>10</sup> QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant.** In [HTTPS://Jus.co.br artigos/acesso](https://jus.co.br/artigos/acesso) em 06 jun 17.

<sup>11</sup> SALGADO, Karine. **A Paz Perpétua em Kant.** Belo Horizonte: Ed. Mandamentos. 2008, p. 31

Segundo Cunha, citado por Queiroz<sup>12</sup>, para Kant a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, que não pode ser substituído por algo equivalente, e dessa forma a dignidade humana é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Ao exercerem de forma autônoma a sua razão prática, constroem distintas personalidades, cada uma delas individual e insubstituível. Interpretando Kant, Cunha afirma que, conseqüentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, sendo por isso os humanos os únicos seres que são revestidos de dignidade. A condição humana é o suporte fático, necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social.

Assim, para Kant, a autonomia está necessariamente vinculada à liberdade e potencialmente ela ocorre na medida em que o sujeito tem sua dignidade respaldada na emancipação. A propósito, escrevem Salomão e Svolinski Junior que, como condições para a efetivação equitativa da dignidade da pessoa humana (como assinalou Kant) é preciso pensar o sujeito kantiano atrelado ao esclarecimento [Aufklärung – que é o condutor da possibilidade da autonomia] e à emancipação. E assim, elencadas as premissas da questão nas concepções jurídica e filosófica, o assunto a se desenvolver é o princípio da dignidade da pessoa humana, a partir dos imperativos categóricos kantianos e sua relação imediata com a autonomia e heteronomia, a liberdade e a vontade, como também o seu sentido hermenêutico, jurídico, e suas condições de universalização. Pois, como diria Kant, coisas têm preço, enquanto pessoas têm dignidade.<sup>13</sup>

Ao se falar do pensamento de Kant, lembra Bruno Cunha Weine<sup>14</sup> que vale remontar ao imperativo categórico – “Age de tal maneira

<sup>12</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos, In QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant.** In [HTTPS//Jus.co.br artigos/acesso em 06.06.17](https://jus.co.br/artigos/acesso-em-06.06.17)

<sup>13</sup> SALOMÃO, Katia Rocha e JUNIOR, Waldomiro Salles Strovinski. **KANT: Os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever.** E-Civitas. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas)

<sup>14</sup> WEINE, Bruno Cunha. **Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant.** Publicado por sylviomiceli. Fonte: Jus Navigandi. Acesso em 06 jun. 2017.

que uses a humanidade, tanto na tua, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. E Weine propõe: Qual a diferença entre *fim* e *meio* e entre *pessoa* e *coisa*? Ele mesmo responde: que o esclarecimento dessa questão, e de muitas outras, possibilitará a visualização do conteúdo, segundo Kant, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Kant [...] aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim, e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, chama-se meio.

Weine lembra, ainda, que Kant também distingue claramente pessoa e coisa:<sup>15</sup>

Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito).

Vem à baila um dos conceitos morais kantianos – e observa Weine que se trata de conceito ainda não esclarecido – mais importantes à apreensão do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja o respeito. O respeito, segundo Kant, é o único sentimento cognoscível *a priori*; quer dizer: não é um sentimento recebido por influência sensível, mas um sentimento que *se produz por si mesmo* através de um conceito da razão, e assim especificamente se distingue de todos os sentimentos do primeiro gênero que se podem reportar à inclinação ou ao medo. “O *respeito* dirige-se sempre e unicamente a pessoas, jamais a coisas. As últimas podem suscitar em nós a *inclinação* e, se forem animais (por exemplo, cavalos, cães, etc), até mesmo o *amor*, ou também o *temor*, como o mar, um vulcão, uma fera, mas nunca o respeito.

---

<sup>15</sup> WEINE, Bruno Cunha. **Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant**. Publicado por sylviomiceli. Fonte: Jus Navigandi. Acesso em 06 jun 17.

Muitas são as questões que o imperativo categórico envolve, no prisma da dignidade humana, tais como a distinção entre dignidade e preço, questões que a brevidade do estudo nos obriga a deixar de lado. Inclui questões fundamentais como a atinente à Doutrina da virtude.

Outrossim, vale consignar algumas últimas considerações, estabelecendo os múltiplos canais de ideias que ligam Direito, sociabilidade, humanidade, racionalidade e dignidade.

Para isso, é importante uma vista de olhos a outro estudo constante da obra **Kant e o Direito**, coordenada pelo Prof. Travessoni,<sup>16</sup> em que o autor, Valério Rohden, no artigo intitulado “**Sociabilidade legal**” – a propósito de uma ligação entre Direito e Humanidade na Terceira Crítica de Kant, acentua o sentido da expressão “Sociabilidade Legal”, usada por Kant na Crítica da faculdade do juízo, onde reunidos dois sentidos de humanidade: como sentimento universal de participação: e como faculdade de comunicação íntima e universal –. Assim, graças à sociabilidade universal, que é própria da humanidade, o homem destaca-se da limitação animal. Na crítica referida, Kant teria se limitado a observar, quanto à sociabilidade legal, que é por ela que um povo constitui uma república verdadeira. Porém, na perspectiva de sua Filosofia do Direito, Kant deter-se-a no exame da racionalidade prática, humana, que é constitutiva da sociabilidade legal.

No artigo mencionado, em nota de rodapé (op. cit. nota 3, p. 606), tem-se que, na Introdução à Doutrina do Direito, da Metafísica dos costumes, Kant usa a expressão direito da humanidade como fundamento de dever de honestidade, de dever de justiça. Ou seja: o homem justo, honesto, tem o dever de não tratar nenhum outro ser humano como meio, mas sempre como fim. Tem-se a liberdade declarada como único direito inato, inerente a todo homem, graças à sua humanidade. O tema da humanidade – lembra o autor na mesma nota –, encontra-se retomado na “Doutrina da Virtude” kantiana, sendo a humanidade vista “em termos de uma dignidade que é razão de respeito e obrigação dos homens entre si. Respeito significa o reconhecimento de um

---

<sup>16</sup> ROHDEN, Valério. **Sociabilidade legal** – a propósito de uma ligação entre Direito e Humanidade na Terceira Crítica de Kant. In KANT e o DIREITO. Coordenador: Alexandre Travessoni. p.608.

valor que não tem preço...” (op. cit. nota 2, p. 606). Como se pode ver, aqui se repetiu parte da conceituação de Kant, comentada no estudo de Weine. Toda a argumentação, portanto, sobre o respeito que merece a dignidade do ser humano, reconduz a Kant, à sua contribuição para trazer à luz o princípio do respeito ao ser humano. *O ser humano, como um ser natural possuidor da razão (homo phaenomenon), determinado por sua razão, pensado em termos de sua personalidade, ou seja, como um ser dotado de liberdade interior.*

#### 4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DOCTRINA ATUAL E NA LEI

Aprende-se nos compêndios de Direito, sobretudo de matéria Constitucional, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa. Assim, todo ser humano é dotado desse preceito que constitui, certamente, o princípio maior do ordenamento de um estado democrático de Direito. No Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição de 1988. Contudo, leciona Comparato<sup>17</sup>, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que o núcleo essencial dos Direitos Humanos reside na vida e na dignidade da pessoa.

Lembram bem Gomes e Freitas<sup>18</sup> que no Sistema Normativo Brasileiro, após mais de duas décadas sob o regime militar, o Constituinte de 1988 destacou que o Estado Democrático de Direito possui, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, consagrando-a como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa.

A Dignidade da Pessoa Humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável à realidade e à modernização da sociedade, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>18</sup> GOMES, Magno Frederico. FREITAS, Frederico Oliveira. **Direitos Fundamentais e Dignidade Humana**. ambitojuridico.com.br. Acesso em 06 jun 17.

humano. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet<sup>19</sup> ao conceituar a Dignidade da Pessoa Humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a 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 asseguram 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 e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Se colocado em questão o motivo, o porquê de ser o princípio da dignidade humana, que é tão flagrante, positivado em lei maior, estudiosos<sup>20</sup> sustentam que a resposta está em Habermas. Este sustenta que a constituição da forma jurídica torna-se necessária a fim de compensar *déficits* da moral, uma vez que algumas normas de ação, para alcançar ampla eficácia, carecem não só de juízos corretos e equitativos da moral, mas também, de forma complementar, da obrigatoriedade legitimamente imposta, com o poder de coação, próprio do Direito<sup>[10]</sup> (HABERMAS, 2004: p.p.139-154).

Sustenta Weine: daí se intui que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em virtude do valor que esse ostenta, resulta da urgência de sua plena efetividade, que não pode ser satisfatoriamente garantida apenas através de um mandamento moral.

Queiroz<sup>21</sup>, citando Maria Garcia, aduz que a mesma “acentua ainda mais a importância de Kant para a compreensão do que atualmente se entende por dignidade da pessoa humana, chegando a considerar

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p.62.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. Apud WEINE, Bruno Cunha. **Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant**. Publicado por sylviomiceli. Fonte: Jus Navigandi. Acesso em 06 jun 17.

<sup>21</sup> QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**. In [HTTPS//Jus.co.br artigos/acesso](https://jus.co.br/artigos/acesso) em 06 jun 17.

que até mesmo o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem é um seu reflexo direto:

Nos seus Fundamentos da metafísica (12<sup>a</sup> seção), EMMANUEL KANT afirma que a pessoa humana não deve jamais ser tratada como meio de seus próprios fins, mas sempre também como um fim em si mesma. Em outros termos, o homem não deve jamais ser utilizado unicamente como meio sem considerar-se que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si. A dignidade, tal como definida na moral kantiana, é o primeiro direito fundamental de todo homem, como determina o art. 1<sup>o</sup> da Declaração dos Direitos do Homem (1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade. (Tradução livre da autora)

Pelo exposto, forçoso é concluir que, em se tratando do princípio da dignidade humana, todos os caminhos levam a Kant. E Kant conduz a questão ao imperativo categórico e daí aos fundamentos do Direito. As leis, desde a maior delas até a menor dentre as que se posicionam hierarquicamente, estão a refletir o pensamento kantiano. “Na hermenêutica kantiana, tem-se como principal ensinamento o fato de que somente leis serão universalizáveis, se estiverem livres de condições instrumentais. Caso sejam leis em si, fomentadas em vistas do dever e aplicadas na medida do dever, atingem o público, tornando-se leis legítimas e realizadoras da dignidade humana.”<sup>22</sup>

Kant foi, sem dúvida, pioneiro em formular premissas sobre a dignidade da pessoa humana, na finalidade da vida e da sociedade, sendo o Direito “a ferramenta hermenêutica” necessária para a materialização desse respeito ao sujeito, ser humano, que é fim, e seu fim é a autonomia e a liberdade da razão. Através da instrumentalidade da razão, torna-se factível traçar premissas de garantias jurídicas, voltadas para o bem da sociedade, sempre presente a consciência de que a lei é a manifestação da normatividade coletivamente benéfica “visando a um bem comum e a uma paz universal”, no dizer de Salomão e Júnior.

---

<sup>22</sup> SALOMÃO, Katia Rocha e JUNIOR, Waldomiro Salles Strovinski. KANT: **Os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever.** E-Civitas. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas).

## 5. CONCLUSÕES

Como esboçado no início deste pequeno relato de pesquisa, ao abordar o princípio da dignidade humana sob a ótica kantiana, buscou-se destacar e analisar o fundamento desse preceito, não só sob a perspectiva filosófica, mas também sob uma perspectiva jurídica. Ou seja, buscar entender porque referido princípio, já consagrado como direito fundamental, e que deveria pairar como um comando latente mas soberano, em todas as sociedades humanas, precisou ser incorporado às constituições normatizado e posto sob cogência. Como se sem essa instrumentalização, o princípio jamais fosse observado e respeitado.

Às questões postas, sobre a vigência efetiva do respeito à dignidade da pessoa humana, crê-se haver obtido respostas razoavelmente satisfatórias. A pesquisa veio demonstrar como Kant, sentindo a instabilidade e até mesmo a incoerência do agir humano, buscou alicerçar as bases desse preceito, sob argumentos de lógica irretorquível, fundamentos inseparáveis do ente humano, como a racionalidade, a sociabilidade legal. E tudo por força do pensar que leva ao esclarecimento – o caminho por onde se executa a autonomia, a liberdade,

A dignidade humana é complexa, como a criatura humana, e sempre será objeto de debates, por simples que pareça. E sempre há de ser preciso voltar a Kant e dele recuperar a solidez dos argumentos que tornaram inabalável a edificação dessa estrutura imponente que tem servido de amparo e defesa a incontáveis minorias humanas relegadas ao abandono e à indiferença de tantos que se arvoram em cidadãos do mundo, em membros e governantes de nações ditas civilizadas.

Com Kant, jamais se olvidará: todos os seres humanos possuem dignidade independentemente de sua condição, de modo que temos o dever de respeitar a humanidade em nós mesmos e nos outros, sempre como fim em si mesmo e nunca meramente como meio.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Alexandre dos Santos, In QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**. In [HTTPS://Jus.co.br artigos/acesso](https://jus.co.br/artigos/acesso) em 06 jun 17.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito – Kant e Kelsen**. 2.ed. Belo Horizonte. Mandamentos. 2004.

GOMES, Magno Frederico. FREITAS, Frederico Oliveira. **Direitos Fundamentais e Dignidade Humana**. [ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br). Acesso em 06 jun 17.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, v. 1.

MARTINS, Reno Sampaio Mesquita. [com.br](http://com.br). Acesso em 06 jun 17.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**. In [HTTPS://Jus.co.br artigos/acesso](https://jus.co.br/artigos/acesso) em 06.06.17.

ROHDEN, Valerio. **Sociabilidade legal** – a propósito de uma ligação entre Direito e Humanidade na Terceira Crítica de Kant. In **KANT e o DIREITO**. Coordenador: Alexandre Travessoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos. 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986

SALGADO, Karine. **A Paz Perpétua em Kant**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos. 2008.

SALOMÃO, Katia Rocha e JUNIOR, Waldomiro Salles Strovinski. **KANT: Os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever**. E-Civitas. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEINE, Bruno Cunha. **Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant**. Publicado por sylviomiceli. Fonte: Jus Navigandi. Acesso em 06 jun 17.



# 2

## DIFÍCIL MEDIDA: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO, (IN)JUSTIÇA E EQUIDADE EM SHAKESPEARE

(DIFFICULT MEASURE: REFLECTIONS ON LAW,  
EQUITY AND (IN) JUSTICE IN SHAKESPEARE)

**Fernando Armando Ribeiro<sup>1</sup>**

### RESUMO

Ao completar 400 anos, é notável e reconhecida a atualidade da obra de William Shakespeare, cujo vasto espectro de reflexões apresenta-se como uma das mais argutas percepções acerca da natureza e do comportamento humanos. No presente trabalho pretendemos apontar a importância e atualidade de seu pensamento no que tange à interpretação jurídica. A partir da peça “Medida por medida” propomos um olhar crítico e reflexivo sobre alguns dos principais elementos envolvidos na aplicação do Direito. Cabe destacar sua nítida consonância com diversos postulados que viriam a ser posteriormente sustentados pela hermenêutica filosófica, servindo para nos mostrar, sobretudo, como esta se revela uma dimensão fundamental para busca da correção judicial. Ademais, procuramos mostrar como a narrativa shakespeariana pode facilitar a compreensão e correta densificação de vetores defendidos pelas escolas não positivistas (ou pós-positivistas).

**Palavras-chave:** 1 Equidade; 2 Hermenêutica; 3 Justiça

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (PhD); Professor da PUC Minas e Juiz do TJMMG.

## ABSTRACT

After 400 years, the relevance of the work of William Shakespeare is remarkable and recognized as one of the most acute perceptions of the human nature. In this paper we intend to point to the relevance and actuality of his thinking concerning legal interpretation. Departing from the play *Measure for Measure* we propose a critical and reflective look at some of the most important matters in legal hermeneutics such as: desuetude of laws, equity, literalism in interpretation. It is worth highlighting its sharp confluence with many postulates that would afterwards be supported by philosophical hermeneutics. It can also be seen as an example of how the law and literature approach can be fundamental to the enhancement of the judicial decision. At the end, we try to present how shakespearean narrative may provide a better understanding of many ideas supported by non-positivist schools.

**Keywords:** 1 Equity; 2 Hermeneutics; 3 Justice

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Medida e desmedida na interpretação do Direito; 3 A carência de uma consciência historicamente efetiva e desvios morais do Juiz Angelo; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

Shakespeare é para muitos tido como o verdadeiro cânone da literatura ocidental. O autor bardo é capaz de tecer, em sua literatura profundamente universalista, um denso, complexo e representativo perfil para cada uma das imagens por ele trabalhadas. Como anota Samuel Johnson, um dos mais brilhantes comentaristas de Shakespeare, “nas obras de outros poetas, uma personagem é quase sempre um indivíduo; nas de Shakespeare, geralmente é uma espécie”. (JOHNSON, 1996:37). O dramaturgo conhece como poucos acerca da natureza humana em sua complexidade. Neste estudo pretendemos analisar como a Justiça e a equidade são postas em permanente tensão com a ambição, o egoísmo e o desejo. Nosso fio condutor será sobretudo a peça “Medida por medida”, na qual tais temáticas são magnificamente exploradas.

Nela pode-se comprovar, com particular propriedade, a célebre máxima de Bloom, para quem “o domínio que tinha Shakespeare da natureza humana é tão firme que todas as personagens pós-shakespereanas são em certa medida shakespereanas” (BLOOM: 55). De fato, muito da genialidade do bardo pode ser constatada pelo fato de que o palco por ele construído em muito se assemelha a cenas cotidianas do mundo moderno. Para Bloom, “Shakespeare abre de tal modo suas personagens a múltiplas perspectivas que elas se formam instrumentos analíticos para nos julgar” (BLOOM: 69).

## **2. MEDIDA E DESMEDIDA NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

A compatibilização da correção da decisão jurisdicional com o Estado Democrático de Direito passa hoje, indiscutivelmente, pelos fundamentos da decisão. É que, diante dos novos vetores da racionalidade jurídica, não mais se revela aceitável a presunção da razoabilidade dos provimentos jurisdicionais. Estes devem trazer explicitamente, e à luz do dia, os argumentos que os motivaram, sob pena de infração ao preceito fundamental insculpido no art. 93, parágrafo 6º da Constituição da República. E não se deve jamais esquecer que tais fundamentos não podem mais ser de outra ordem que não jurídico-normativa (aí evidentemente incluídos os princípios).

A proclamada autopoiese do Direito moderno exige que não possa mais o magistrado lançar mão de argumentos particularistas, sejam de que ordem forem como escólio para sua decisão. Não se está com isso a retomar o velho pressuposto da interpretação silogística. Ao contrário, o que se exige do juiz contemporâneo é um acurado estudo e atenção para poder buscar e concretizar a justiça ou integridade do Direito. Uma vez que não mais se concebe a autonomia semântica de nenhum texto, sabe-se que a saída não há de ser pela interpretação silogística (aos moldes da Escola da Exegese). Todavia, em tempos de democracia radical, tampouco se pode aceitar os ditames estatais por seu simples caráter autoritativo, exigindo-se que seja repensada a discricionariedade.

Onde, porém, encontra lugar a equidade? A nosso ver ela deve ser justamente encarada como um chamado de atenção do julgador para

a singularidade insubstituível do caso concreto. É uma convocação a que se tome redobrada atenção para com todas as particularidades e sutilezas que contornam dado fato juridicamente problematizado, para que se possa buscar para ele a melhor resposta, aquela que melhor traduza os anseios de Justiça, os quais, em nossos dias podem ser compreendidos como anseios de mais adequada aplicação dos princípios que conformam o sistema.

A atuação de Angelo, personagem central de “Medida por medida”, parece demonstrar, *a contrario*, as principais pretensões da hermenêutica contemporânea e do movimento Direito e Literatura. É que suas ações mostram-se pautadas num padrão de racionalidade que confia cegamente na aplicação subsuntiva da lei. Ademais, a postura reflexiva difundida pela hermenêutica filosófica parece ficar longe do comportamento desse julgador. Os desvios morais por ele cometidos parecem ser antes decorrentes de entraves cognoscitivos à correta percepção dos fenômenos. Angelo pode mesmo ser visto, sob muitos aspectos, como exemplo oposto ao “espectador judicioso”, parâmetro de imparcialidade defendido por Martha Nussbaum. Esse espectador não participa pessoalmente dos feitos que presencia, mas se interessa pelos participantes. Enxerga a situação com o distanciamento necessário para não ter pensamentos concernentes a sua própria felicidade e segurança. Pode se utilizar de informações próprias ao encarar os acontecimentos, porém deve possuir a capacidade crítica para que estes não contaminem de forma tendenciosa seus juízos. “Entre suas faculdades morais mais destacadas está o poder de imaginar vividamente o que é ser cada uma das pessoas cuja situação ele imagina”. (Nussbaum, 1995: 73).<sup>2</sup>

Angelo é a exarcerbação de uma justiça anti-poética, que a todo momento se esquiva da “saturação de experiência” de que nos fala Goethe ao referir-se ao fenômeno propulsor da poesia. Com efeito, antes mesmo de se deixar levar por seu desejo, Angelo mostra-se um juiz cego à realidade e às circunstâncias que o envolvem. Na peça, Cláudio é condenado por Angelo à pena de morte por ter violado a norma proibitiva da luxúria, tendo mantido relação sexual e engravi-

<sup>2</sup> No original: “Among his most important moral faculties is the power of imagining vividly what it is like to be each of the persons whose situation he imagines”.

dado sua noiva, Julieta antes do casamento. Todavia, como se depreende dos fatos ali narrados, Claudio já havia desposado Julieta antes da relação sexual, faltando-lhe apenas as formalidades finais para a contração do matrimônio.

São inúmeros os fatores que apontam para a injustiça da condenação por ele imposta. Desde o descompasso entre a realidade da sociedade vienense e os parâmetros normativos prescritos pela norma penal violada, passando pelas circunstâncias peculiares que circundavam a ação de Claudio, chegando por fim ao próprio comportamento de Angelo. Tudo apontava no sentido da desmedida contida na aplicação da norma àquele caso concreto.

Ademais, Angelo estava dando rígida e inflexível aplicabilidade a um lei que há muito vinha sendo ignorada por seus destinatários e aplicadores. Há aqui uma clara remissão à dessuetude, uma vez que a sociedade vienense retratada no texto parece adotar padrões de comportamento sexual bem distintos dos pressupostos castos e puritanos contidos naquele padrão normativo. De fato, o comportamento de diversos personagens, retratados de forma performática pela voz e pelos modos de Lúcio, parece atestar, de forma pungente, a não introdução de tal parâmetro normativo por boa parte dos cidadãos vienenses. Este é, aliás, o primeiro ponto que Claudio pede a sua irmã Isabela para questionar a Angelo, que já atuava então como substituto do Duque. Que a referida lei não poderia ser retomada daquela maneira, depois de tanto tempo, uma vez que perdera todo o apoio da comunidade.

Como podemos notar, Angelo carece de uma “consciência historicamente efetiva”, para nos valermos da célebre categoria da hermenêutica filosófica gadameriana. Segundo o filósofo alemão, esta nasce de um novo olhar do sujeito diante de sua condição histórica. Certo de sua finitude, e ciente das limitações impostas pelas próprias pré-compreensões vigentes, o intérprete é levado a abrir-se a perceber as possíveis contradições, aporias e fragilidades contidas nos consensos históricos por ele partilhados. Afinal, o dedo com o qual criticamente apontamos para a história pretérita está certamente apontado também para nós.

Sob o argumento de ser um vestal da lei, Angelo mostra-se cego a experiência da realidade, a qual constitui um dos elementos mais

destacados da moderna hermenêutica. Segundo lição de Husserl, o domínio da experiência não é de modo algum um domínio de menor dignidade do que o da ciência; ele é, ao contrário, o domínio da originalidade última, sobre o qual está fundado o conhecimento verdadeiro. Por isso, diz o filósofo, “o nosso primeiro passo deve ser a volta a partir do juízo até o substrato do juízo, a volta a partir das verdades até os objetos sobre os quais as verdades são enunciadas” (Apud Bornheim: 2001, 160).

Cego à realidade que o circunda, Angelo mostra-se igualmente surdo aos ditames da equidade que tantas vezes lhe foram postos por seus interlocutores. Já no primeiro ato da peça, percebe-se uma admoestação neste sentido que lhe é feita pelo Duque, ao investi-lo como seu sucessor. “Achai-vos apto, agora, para fazer como eu, soltando rédeas à lei, ou retraindo-as à vontade” (2013, Ato 1, Cena 1). A injustiça da pena aplicada a Cláudio foi lucidamente percebida pelo personagem Escalo, ao fazer uma lapidar observação: “Que lhe perdoe o céu, como a nós todos! Uns sobem pelos crimes; outros caem pela virtude. Alguns impunemente vivem sempre, nos vícios atolados, outros por uma falta são julgados” (Shakespeare: Ato 1, cena 1).

Cabe destacar ainda o importante papel cumprido por Isabela, que de forma sofisticada e perspicaz alerta o magistrado para diversos aspectos da flagrante injustiça contida em sua decisão. Importante ênfase é conferida ao fato de que, no caso de seu irmão, poderia ter havido uma violação da “letra da lei”, mas não de seu “espírito” ou propósito. De fato, são inúmeras as passagens em que ela parece cobrar uma postura autoreflexiva e hermeneuticamente coerente por parte de Angelo. Com efeito ela diz: “Fosse ele (Cláudio) como vós e vós como ele, como ele escorregáreis; mas no caso de ele ser vós, não fora tão severo” (Shakespeare: Ato 1, cena 2).

A cegueira do julgador à realidade, revelada sob as vestes de estrito respeito a legalidade pode ser bem evidenciada na seguinte passagem, em que Angelo dialoga com Isabela:

“Resignai-vos, bela menina, mas é a lei que pune vosso irmão, não sou eu. Fosse ele embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã” (Shakespeare: Ato 1, cena 2).

Irônica e perspicaz a constatação de Cláudio, ao criticar a posição daqueles que, como Angelo, julgam que “o Estado é tão-somente um

cavalo em que monta o governante, e em que, uma vez na sela, só com o fito de mostrar seu poder, afinca e espora” (Shakespeare: Ato 1, cena 1).

A peça retoma uma das grandes temáticas shakespereanas, a ambição como negação da prudência e os desvios a que podemos ser levados pelo exercício do poder. Sua importância pode ser percebida desde o início, na provocação lançada pelo Duque: “Vamos ver se o poder perverte o intento dos homens e o que em nós é fingimento”. (Shakespeare: Ato 1, cena 1).

Este é, aliás, um ponto de profunda interseção entre a hermenêutica e o movimento Direito e Literatura. Afinal, tem-se aqui uma forma de abordagem do cotidiano e da história que é marcada pela particularização e concretude, sendo pois diretamente confrontante com a visão abstracionista e descritivista com a qual a ciência do Direito de feições positivistas foi construída. A narrativa literária nos proporciona um contato mais próximo e reflexivo com o que nos é comum. Por outro lado, a particularidade que a marca não é descomprometida da racionalidade, sendo apenas uma alternativa possível e necessária ao pensamento lógico, típico das “ciências da natureza” (*Naturwissenschaften*). Mostra-se, assim, uma forma muito enfática de percebermos que a racionalidade não se deve fazer refém da lógica, bem como que a universalidade do conceito deve sempre encontrar um contexto argumentativo de aplicação apto a ressignificá-lo.

Como ressaltamos, as ações de Angelo mostram antes de mais nada um profundo déficit hermenêutico, uma vez que as premissas pelas quais ele se guia estão em frontal descompasso com os vetores difundidos pela hermenêutica filosófica. Segundo esta, a compreensão autêntica há de realizar sempre como diálogo, o qual implica fundir o horizonte do intérprete com o horizonte daquele que é interpretado. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o alheio nasce um novo. Para Gadamer, na fusão de horizontes dá-se “a plenitude da conversa, na qual ganha expressão uma coisa que não é só de interesse meu ou do meu autor, mas de interesse geral” (GADAMER, 1997:404). O compreender do intérprete faz parte de um acontecer que decorre do próprio texto que precisa de interpretação. Na noção de *fusão de horizontes* há a concepção

de que a verdade do texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor e nem somente nos preconceitos do intérprete, mas na fusão de horizontes de ambos.

Este é mesmo o essencial sentido da virada hermenêutica trazida por Heidegger e Gadamer, para quem já não é mais possível descrever a interpretação como produção de um sujeito soberano. Neste sentido, o intérprete não pode impor ao texto a sua pré-compreensão, devendo confrontá-la criticamente com as possibilidades razoáveis dentro de um contexto. Nas palavras do filósofo:

Importa que nos mantenhamos longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos (GADAMER, 1997 p.414).

A narrativa da peça mostra também como o déficit hermenêutico termina por levar Angelo a grandes desvios morais, contendo assim mais uma poderosa aproximação para com a lições da filosofia hermenêutica. Afinal, para Heidegger, este é exatamente o sentido de cuidado (*sorge*). Vale dizer, reconduzir o homem novamente para a sua essência, elemento nuclear de seu projeto filosófico. E que outra coisa pode significar isto a não ser que o homem (*homo*) se torne humano (*humanus*)? Como bem destacou o pensador da floresta negra, apenas deste modo, a *humanitas* pode permanecer no coração de um tal pensar. Pois humanismo é isto: meditar e cuidar para que o homem seja humano e não desumano, inumano, isto é, situado fora de sua essência. (Heidegger. Carta: 6)

Cabe por fim uma observação importante sobre o papel da prudência no julgamento judicial. A nosso ver, coloca-se aqui mais um poderoso elemento de enfrentamento de matrizes interpretativas de escolas positivistas. Com efeito, há um bela lição de hermenêutica que pode ser extraída de uma análise comparativa do julgamento de Claudio, levado a cabo por Angelo, e aquele conduzido pelo Duque Vincenzo na cena final da peça. Percebe-se aqui uma nítida superioridade da interpretação que se pauta na prudência e na equidade em relação aquela outra que se pauta num estrito legalismo e literalismo.

Como dissemos acima, o déficit de hermenêutica resulta inevitavelmente na falta de equidade no julgamento. Afinal, a equidade (*phronesis*) é justamente a versão humanamente possível de uma justiça que, de outro modo, mostrar-se-ia deficitária, por ser demasiadamente rígida. Como bem demonstrou Aristóteles, “o julgamento é a determinação correta do que é equânime” (1991: VI, 11). Essa a razão pela qual a indulgência diz sempre respeito à equidade e à verdade.

Assim é que, como notam importantes estudiosos, nela se encontram reunidas, uma determinação intelectual e um predicado moral. Como bem arremata Pierre Aubenque, “ter julgamento é, vivendo num mundo impreciso, não lhe buscar impor a justiça excessivamente radical dos números; mortal, não julgar as coisas mortais com os olhos do imortal; homem, ter pensamentos humanos” (Aubenque, p. 242-243). Esta reflexão parece sintetizar, a um só tempo, tanto o déficit hermenêutico de que padece o juiz Angelo, como a conexão intrínseca existente entre hermenêutica e equidade.

### **3. A CARÊNCIA DE UMA CONSCIÊNCIA HISTORICAMENTE EFETIVA E OS DESVIOS MORAIS DO JUIZ ANGELO**

A relação do intérprete com um texto não é propriamente uma relação com o autor do texto, mas antes uma *participação* naquilo que o texto nos comunica. Uma vez escrito, o texto independe do autor. Os limites de sentido de um texto não devem ser traçados a partir da subjetividade de seu autor.

Nenhum texto diz algo se não falar uma linguagem que seja capaz de apelar ao outro. Por isso, a interpretação deve encontrar uma linguagem correta, se quer fazer com que o texto verdadeiramente diga algo. Isso nos permite concluir que não pode haver uma interpretação que seja correta em si mesma, “porque em cada uma está em questão o próprio texto” (GADAMER, 2004, p.514). O caráter histórico disso que Gadamer chama de tradição (e que pode ser entendido como linguagem) consiste na sua vinculação a apropriações e interpretações sempre novas. Se fosse possível falar em uma interpretação cuja correção pudesse ser aferida exclusivamente com base no texto analisado,

estariamos diante de um modelo sem pensamentos e interpretações, incapaz de conhecer a essência linguística da tradição. Não haveria tradição, mas sim repetição. “Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence” (GADAMER, 2004, p. 514).

A compreensão é formada através de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer, “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos pré-conceitos” (GADAMER, 1997, p.709).

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada pela própria linguagem. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo. Todo fenômeno com o qual o homem se defronta “jamais se mostra em sua pureza objetiva e ahistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seu estado bruto, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa” (PEREIRA, 2001, p.41)

Sob essa perspectiva, em “Medida por medida”, Shakespeare retrata com maestria o desejo de poder, a vontade cega de fazer valer a lei em sua “literalidade”, bem como a passionalidade do protagonista. E são esses elementos que terminarão por revelar-se pré-compreensões veladoras, obstruções ao autêntico diálogo do intérprete com o texto. No decorrer da peça, a passionalidade de Angelo é desvelada na ambição e luxúria que atuam sobre o seu caráter, e das quais ele próprio não consegue se dar conta, resultando pois em consequências terríveis, imorais e criminosas.

Incapaz de assumir uma consciência reflexiva, tal como indicado pela hermenêutica filosófica, Angelo passa a cobiçar a irmã do réu por ele sentenciado à pena de morte por ter cometido uma infração de mesma natureza, porém muito menos gravosa. Não é capaz de reconhecer o princípio de ordem que estabeleceu sua ascensão ao novo posto que lhe fora conferido pelo Duque como uma decorrência de sua suposta virtude. Tampouco percebe o caráter draconiano e sem sentido da decisão que acabara de proferir. Vale dizer, falta-lhe exatamente a capacidade de *aplicação*, no sentido hermenêutico mais pleno da palavra, isto é, trazer as verdades inerentes aos textos para o

horizonte de vida do intérprete, dando-lhes concretude e não apenas fazendo-lhes mero aceno intelectual por meio de conceitos.

No desenvolvimento da ética ocidental, a passionalidade humana foi frequentemente associada à metáfora do barquinho solto no mar turbulento, desgovernado e sem destino. É que a paixão colocaria o homem em posição análoga à do barquinho. Angelo não consegue distinguir o bem do mal, a virtude do vício. Obcecado com as premissas (já previamente colocadas por ele próprio) de aplicação da lei, não permite que a verdade do texto e da situação histórica intersubjetiva traga-lhe qualquer novo questionamento. A sua verdade mostra-se pronta, sendo aquela da qual ele partira. Termina desorientado, ou melhor, desvairado, na vertigem, cometendo cada vez maiores erros para tentar consertar ou apagar aqueles previamente praticados. A ambição e a falta de uma consciência historicamente efetiva por parte de Angelo conduzem-no, cega e incansavelmente para frente, sem recuos.

A trama envolvida na peça diz muito acerca da matriz do pensamento jusnaturalista medieval, marcado pelas ideias de *ordem e natureza das coisas*, que estruturavam toda a fundamentação do universo. No direito, eram padrão de legitimação não apenas das ações humanas, mas da própria normatividade produzida. Afinal, como ensina Ribeiro:

Para o jusnaturalismo, o direito natural, dimanado da *natureza das coisas*, constitui o elemento básico e nuclear da ordem jurídica e a medida da legitimidade do direito positivo. Este problema do fundamento do Direito, que interessa à filosofia jurídica e política, está intimamente relacionado à questão mais geral da existência de uma lei natural reguladora do agir humano. O direito natural considera a razão universal das coisas que sentimos existir no mundo. Basta contemplar a organização do Universo para sentirmos a força das leis imutáveis que o dirigem. Assim, como existem princípios eternos nos domínios do Universo, na elaboração das leis devem entrar noções eternas como a do justo, a da equidade, a da justiça comutativa e distributiva, a de dar a cada um o que lhes é devido.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-80.

Assim é que, no universo de Shakespeare, a representação da criminalidade vem sempre acompanhada de um restabelecimento da ordem, quando a justiça volta a prevalecer ainda que por caminhos dialéticos. Assim, a cena final representa o restabelecimento do princípio de ordem mencionado, bem como a ideia de que não há impunidade no mundo de Shakespeare.

#### 4. CONCLUSÃO

Para Kaufman, a justiça é algo indefinível, irredutível, mas vinculado à ética, à filosofia social e jurídica, indistanciável da dinâmica social, religiosa, jurídica e política. Segundo o autor, a justiça “surge no entendimento filosófico e teleológico como a segunda das quatro virtudes cardinais: prudência, justiça, coragem e temperança”.<sup>4</sup> Já Reale, ao discorrer sobre o mundo ético, preceitua que “a Justiça é, sempre, um laço entre um homem e outros homens, como bem do indivíduo, enquanto membro da sociedade, e, concomitantemente, como bem do todo coletivo”.<sup>5</sup> Sob essa perspectiva, pode-se compreender que o comportamento ético somente existe quando há limitação da liberdade e decorre da existência de normas. É por essa razão que o ser humano cria as instituições de poder, a fim de que sejam cumpridos preceitos essenciais à convivência humana.

Todavia, a desonestidade permeia aqueles a quem o povo concede os poderes de direção. Por isso a personagem Angelo ganha vida no palco real, no papel daqueles que detêm a posição de governantes ou de detentores do poder. Oficializa-se então a imoralidade, ficando cada vez mais difícil encontrar homens justos e honestos para combater e erradicar os crimes e desvios.

Para Bloom, “a peculiar magnificência de Shakespeare está em seu poder de representação do caráter e personalidade humanos e suas mutabilidades”.<sup>6</sup> Como bem retrata o autor, os maus exemplos vêm de cima para baixo. Em ambos os palcos, o fictício e o real,

<sup>4</sup> KAUFMAN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 225.

<sup>5</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

<sup>6</sup> BLOOM, Harold. **O Cânone Ocidental**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995, p. 68.

usam-se disfarces, enganos e mentiras no lugar da verdade. Praticam-se todos os tipos de crimes e perversidades. Há a banalização do ilícito, tendo em vista que pelo poder e pelo dinheiro os fins justificam os meios. Antonio Candido aponta que o mundo contemporâneo está doente devido à crise dos valores morais.<sup>7</sup> Na política medieval, o governante agia dentro de certos parâmetros guiados pelos valores da justiça, da bondade, da caridade, conforme estabelecido pela Igreja cristã, e conhecidos pelo nome de *specula principis*. O rei justo era aquele caridoso, que dava esmola aos pobres ou entregava um grande feudo a um nobre como recompensa por um ato extraordinário, demonstrando sua generosidade. Já no mundo contemporâneo, o governante deixa de ser bom, para tornar-se gestor de questões econômicas, sendo que a política, como técnica social, passa a permitir ações que a moral não permite.

A corrupção, o favorecimento ilícito e os demais crimes contra a confiança popular são uma afronta à sociedade. A desonestidade é uma regressão à evolução da espécie humana como ser racional. Buscar inescrupulosamente o poder, em detrimento da ordem e da moral social, é uma atitude espúria. Aqueles que praticam a improbidade destruindo o meio em que vivem com intuito de obter vantagens pessoais, devem ser penalizados, e este é um vetor sempre presente na obra shakespeariana.

Todavia “Medida por medida” mostra, com particular destaque, o risco iminente de desvios e maus julgamentos que ronda a alma humana, falível e imperfeita. Nela percebemos como a corrupção está encastelada no coração de Angelo, que se acreditava e dizia um juiz incorruptível e como, mesmo um magistrado zeloso e trabalhador como Escalo tampouco estava livre de levar adiante equivocadas interpretações. Assim, a equidade apresenta-se na forma do perdão e da misericórdia, tão bem expressidos pelo Duque na cena final da peça.

No momento histórico de construção de um movimento pós-positivista, em que se destaca, com profusão e importância supremas a preocupação com a legitimidade do Direito, e não sua mera

---

<sup>7</sup> CANDIDO, Antonio. **A culpa dos reis**. Ética. Cultura: Fundação Padre Anchieta, [?] v. 1. 1h35min.1 DVD.

legalidade e validade formal, a análise da obra em comento é capaz de inserir-nos em uma importantíssima dimensão autoreflexiva para a compreensão do fenômeno jurídico.

Segundo Dworkin, “a política, a arte e o Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia”.<sup>8</sup> Assim, como acentua Galuppo, pode-se conhecer muito sobre o Direito estudando, por meio da Filosofia, a Arte a Literatura, em especial. É que, como destaca o autor mineiro, por meio delas é possível compreender melhor as matrizes do pensamento jurídico.<sup>9</sup> Tais matrizes não são apenas fontes ou paradigmas, mas fios condutores sedimentadores da percepção de um dado fenômeno, estruturando-lhes os sentidos possíveis de serem atribuídos ou desvelados.

Pensamos que a literatura pode mesmo nos trazer essa riqueza de olhares para perceber o mundo de forma mais rica e real, abrindo-nos para o enfrentamento de nossos preconceitos e não nos deixando simplesmente reféns de nossas pré-compreensões. “Medida por medida” é um exemplo marcante de como a literatura pode trazer ao jurista uma melhor e mais acurada percepção de importantes questões filosóficas e hermenêuticas, e um maior senso crítico (e autocrítico sobretudo) ao se posicionar como intérprete do Direito. Afinal, ali estão contidas, simbolicamente, muitas das grandes questões e dilemas com que deve lidar o jurista em seu dia a dia. Sua leitura será um poderoso instrumento de transformação, propiciando-nos uma alternativa à subserviência cega para com as ideias postas, e engajando-nos na efetiva concretude histórica a partir da qual as questões jurídicas devem ser postas e solucionadas.

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 166.

<sup>9</sup> GALUPPO, Marcelo C. **Matrizes do pensamento jurídico**: um exemplo a partir da literatura. In: *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: EDIPUC, 2006, p. 515-530.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. São Paulo: Paulus, 2003.
- BLOOM, Harold. **O cânone ocidental**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
- BORNHEIM, Gerd. **Metafísica e finitude**. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- CANDIDO, Antonio [et,al]. **A arte do viver. A culpa dos reis**. Ética. Cultura: Fundação Padre Anchieta, [?], v. 1. 1h35min.1 DVD.
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 166.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O Problema da Consciência Histórica**. Org. Pierce Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2003.
- GALUPPO, Marcelo C. **Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura**. In: *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: EDIPUC, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo: Centauro, 2005.
- JOHNSON, Samuel. **Prefácio a Shakespeare**. São Paulo: Iluminuras, 1996.
- KAUFMAN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- NUSSBAUM, Martha. **Poetic justice**. Boston: Beacon Press, 1995.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Centaur Editions, 2013 (Kindle Edition)



# 3

## DIREITO DISCURSIVO E ROBERT ALEXY (DISCOURSE LAW AND ROBERT ALEXY)

João Carneiro Duarte Neto<sup>1</sup>

### RESUMO

Com o escopo de chegar à discursividade do Direito, utilizando-se da teoria geral do Direito, o presente artigo resgatou as principais características do fenômeno jurídico desde o direito pré-moderno com o jusnaturalismo (cosmológico, teológico e racionalista), passando pelo positivismo até a chegada ao pós-positivismo, momento em que o direito discursivo emerge. Estudaram-se as primeiras manifestações no sentido de superação do positivismo com Gustav Radbruch e passaram-se pelas correntes da jurisprudência dos conceitos, dos interesses e dos valores. Nesse contexto, optou-se por uma das teorias discursivas do direito mais difundidas pelo mundo para aprofundamento, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Realizou-se a contextualização e as influências do autor, seu projeto acadêmico de correção do Direito via argumentação racional. Decifrou-se o porquê e como se distinguiu as normas de direitos fundamentais em regras e princípios, bem como as técnicas de solução quando se constata a colisão entre estes. Por fim, trabalhou-se a máxima da proporcionalidade, com seus desdobramentos de balanceamento e ponderação, chegando-se a tocar na recepção equivocada da teoria de Alexy no Brasil.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito TJMG. Especialista em Processo Civil pela Uniderp/MS. Mestre em Direito pela Faculdade Guanambi/BA.

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo. Positivismo. Pós-positivismo. Direito Discursivo. Robert Alexy. Argumentação. Princípios e regras. Proporcionalidade. Ponderação. Balanceamento.

### ABSTRACT

With the scope of arriving at the discursivity of law, using the general theory of law, this article has rescued the main characteristics of the juridical phenomenon from pre-modern law with jusnaturalism (cosmological, theological and rationalist), through positivism to The arrival to post-positivism, at which point the discursive right emerges. The first manifestations were studied in the sense of overcoming positivism with Gustav Radbruch and they went through the currents of the jurisprudence of concepts, interests and values. In this context, we opted for one of the most widespread discursive theories of law in the world for deepening, Robert Alexy's theory of legal argumentation. The contextualization and the influences of the author, his academic project of correction of the right through rational argumentation, were realized. It was decided why and how the rules of fundamental rights were distinguished in rules and principles, as well as the techniques of solution when the collision between them is verified. Finally, the maxim of proportionality was worked, with its balancing and pondering unfolding, arriving at the wrong reception of Alexy's theory in Brazil.

**Keywords:** Jusnaturalismo. Positivism. Post-positivism. Discursive Law. Robert Alexy. Argumentation. Principles and rules. Proportionality. Weighting. Balancing.

**SUMÁRIO:** 1. Direto Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo; 2. A busca pela correção do direito; 2.1.Gustav Radbruch; 2.2.Jurisprudência dos conceitos; 2.3. Jurisprudência dos interesses; 3. Robert Alexy; 3.1. Apresentação, contextualização, influências e o projeto de Alexy; 3.2. As obras de Robert Alexy; 3.3. A discursividade de Alexy na Teoria da argumentação jurídica; 3.4. A discursividade de Alexy na Teoria dos direitos fundamentais; 3.4.1. A divisão das normas de direitos fundamentais em regras e princípios; 3.4.2. A máxima da proporcionalidade; 3.5. A discursividade de Alexy à brasileira; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

## 1. DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E DIREITO DISCURSIVO

As típicas cidades-estado da Grécia antiga – *polis grega* – possuíam características inquietantes quanto à explicação da origem das coisas, numa visão individual e hedonista, marcada por forte cultura e religião politeísta, atingindo desenvolvimento surpreendente no campo da filosofia.

O Direito não se separava da Filosofia e aparecia imerso num contexto de profunda mitologia, misticismo e natureza. Nesse contexto, tem-se o Direito natural cosmológico ou mitológico, primeira forma do jusnaturalismo, em que se buscam as explicações do terreno num campo sobre-humano, explicações essas encantadoras, numa racionalidade não pragmática, não palpável, porém sensitiva e imaginativa, sempre em meio a narrativas literárias, algumas as mais catastróficas possíveis.

A pergunta “o que é lei?”, tão importante na moderna teoria do Direito, mal parece ter ocorrido nos pensadores gregos. Na era clássica da filosofia ateniense, a expressão “as leis” transmitia um sentido e evocava uma resposta suficientemente claros para os propósitos do discurso de então; não se empreendiam análises para saber se um preceito caía dentro ou fora da categoria de *nómos*. Contudo, a literatura grega não deixa de mencionar o assunto; ele aparece – não, porém, de modo conclusivo, – sob uma forma que pressagia a que, no início do século XIX, Austin (seguindo Bentham) lhe daria. Aristóteles insiste em que a lei deve significar boa ordem. Mas a lei tem força coercitiva (*anankastiké dýnamis*), diz ele, sendo o produto racional da mente e da ponderação. (KELLY, 2010, f. 22).

Ainda no mundo antigo, porém numa visão mais prática, com um caráter expansionista e dominador, a rusticidade era marca característica do povo Romano, o que terminou por refletir num universo jurídico mais palpável, porém ainda de origem fundamental transcendente. John M. Kelly descreve o encontro de Roma com a cultura Grega como “... o vigoroso Estado romano, outrora quase indigno da atenção de um ateniense, começou a apreciar plenamente o mundo do intelecto grego. [...] uma espécie de conquista inversa acontecia na esfera do intelecto. (2010, p.59,60)”.

Saindo da antiguidade e ingressando na Idade Média, agora sob o domínio de um sistema de organização social econômico-produtivo descentralizado – feudalismo – permanece-se um Direito natural de inspiração transcendental. A regra da descentralização político-administrativa contrasta com o elemento unificador da religião, agora monoteísta centrada em Deus no céu e a Igreja Católica na Terra, tendo como elo o Papa, pontífice (na acepção etimológica do termo) entre o primeiro e os humanos. Assim, tinha-se um jusnaturalismo teológico.

Portanto, a intenção filosófica corresponde à teoria, no sentido do conhecimento dos fundamentos – constituídos por uma ontologia metafísica-essencialista entre os gregos e por uma metafísica-teológica na Idade Média cristã; e a intenção normativa à prática no sentido de uma filosofia prática normativa que já tinha por estabelecidos seus pressupostos através dos últimos e gerais princípios teoricamente afirmados e que procuravam objetar-se no âmbito da convivência histórica. (ABBOUD; CARNIO e DE OLIVEIRA, 2015, p.233).

O direito pré-moderno apresentado até agora possui fundamento transcendental – ora cosmológico, ora teológico – e preocupação objetivista, o que não autoriza concluir pela inexistência de Direito positivo em tais fases. Entretanto, não se deixava macular a origem e fundamento do jusnaturalismo, integrando-o e fortalecendo-o com o Direito positivo. Cito, apenas para exemplificar, a lei das doze tábuas no período romano.

[...] É certo que se reconhecia um direito positivo, manifestado em sua contingência histórico-social e política. Mas esse não deixava de ser pensado como um elemento integrado e hierarquizado do sistema normativo do direito natural, ao qual não cabia apenas uma função residual, mas também, e fundamentalmente, uma função normativa concreta: o contingente e variável historicamente (direito positivo) não poderia contrariar o essencial e imutável (direito natural). Nessa medida, o essencial e imutável fundamento teórico do direito natural se dava a partir de uma justificação: a) Cosmológica – na tradição essencialista entre os gregos; b) Teológica – na Idade Média Cristã. (ABBOUD; CARNIO e DE OLIVEIRA, 2015, f. 233).

Saindo do sistema político-econômico e social feudal típico da Idade Média, tem-se o surgimento do Estado monárquico, ainda sem

abandonar a herança medieval de inspiração divina, com caráter centralizador, com poder irrestrito e sem alternância de poder apenas nas mãos do soberano, justificando-se numa doutrina de necessária pacificação social de inspiração Hobbesiana,

Nesse contexto, o jusnaturalismo passa por uma espécie de modernização ou releitura, pois deixa o direito natural clássico (fundamento cosmológico) e o medieval (fundamento teológico) para trás e ingressa num racionalismo ideal centrado no indivíduo (fundamento antropológico). Antes, tinha-se uma objetividade transcendente e depois passou-se a ter uma subjetividade imanente. Entretanto, não se perde a raiz fundamental do jusnaturalismo de ir além do ser humano real e concreto para justificar e legitimar o direito, pois a razão ora defendida é abstratamente elaborada.

Avançando, tem-se a falência do Estado Absolutista, pois a centralização do poder, a soberania do monarca e a ausência de limites aos seus regramentos tornaram-se intoleráveis. Uma nova ordem político-jurídica nasceu com o objetivo de organizar o Estado e limitar o poder, papel este desincumbido pela Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do liberalismo e do iluminismo, inúmeras constituições vieram com tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de 1ª geração ou dimensão, eminentemente libertários, impuseram uma postura absenteísta por parte do Estado. A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, e estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado. (CATONI DE OLIVEIRA, 2002:56 *apud* PEDRON, 2006).

Nesse campo propício, o Direito positivo surge como uma resposta jurídica perfeita. Dessa maneira, era o que as pessoas mais necessitavam naquele momento, um mínimo de segurança jurídica, maior respeito às individualidades com menos interferências na vida privada. Assim, o Poder Legislativo termina assumindo papel de destaque no cenário político e jurídico, assumindo o Poder Judiciário papel secundário, figurando os juízes apenas como aplicadores da lei, ditos “boca da lei”.

O fenômeno jurídico é visto não mais se utilizando de argumentos transcendentais, mas sim de elementos e produtos do Estado,

iniciando uma espécie de fechamento em si mesmo, talvez numa busca de pureza científica e metodológica típica da supervalorização que sofrera à época pelos ideais iluministas. Dessa maneira, separou-se direito e moral, pois se defendia que esta era alheia àquele. Por fim, o positivismo carrega o ônus da mais ampla possível regulação normativa, num verdadeiro dogma da completude do ordenamento jurídico.

Com alterações pontuais de enfoque, mantendo as características do parágrafo anterior, vemos que ao longo da história do Direito moderno, várias correntes do positivismo surgiram. As principais são o positivismo legalista, em que o Direito é a própria lei e o positivismo normativista, em que o Direito passa a ser um conjunto de normas válidas, tendo como maior defensor Hans Kelsen.

Os inúmeros problemas sociais terminaram por gerar insurgências populares que exigiam direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma reaproximação do Estado com a sociedade. O Estado Social trouxe em seu bojo constituições com inúmeros direitos de 2ª geração ou dimensão, quais sejam, sociais, econômicos e culturais, os quais são direitos cujos titulares são coletivos e exigem atuação estatal concreta e positiva.

A concretização de tais direitos necessariamente envolve políticas públicas, as quais necessitam de gastos financeiros pelo Estado. Assim, levando em conta uma análise orçamentária e das atribuições dentro da doutrina da separação de poderes, conclui-se que o Poder Executivo termina por assumir postura de destaque nesta fase.

A não realização das promessas sociais contidas nas Constituições terminam por gerar um desconforto insustentável para o sistema. Nesse contexto, o Poder Judiciário terminou assumindo o destaque entre os demais poderes, pois foi chamado a dar resposta diante de frustrações geradas por promessas não cumpridas. Nessa ótica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003 p.99 *apud* PEDRON, 2006).

Assim, percebe-se que os positivismos ganharam força e defensores por todo o mundo. Entretanto, com o avançar da complexidade e necessidades sociais, as contradições de tais correntes emergiram, até chegar à insustentabilidade em meados do século XX.

Observa-se que o positivismo jurídico deixa de ser o remédio para todos os males, pois um ordenamento jurídico, cientificamente pensado e lógico, por si só, não é suficiente para pacificar a sociedade. A letra fria da lei sem a concretização adequada mostra uma das fraquezas das inúmeras variáveis dos positivismos.

Nesse contexto, inaugura-se a fase intitulada de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito, com constituições trazendo direitos de 3ª geração ou dimensão, ligados aos valores de fraternidade, solidariedade, meio ambiente e outros direitos transindividuais. Aqui, fará o positivismo jurídico amargar, talvez, a maior de suas deficiências.

Todas as facetas dos positivismos terminam por admitir que tudo pode ser Direito, ou seja, não há uma preocupação com o conteúdo do Direito, mas sim um exclusivismo quanto à fonte produtora, bem como sua legitimação lógica. Seja, por exemplo, a norma fundamental de Kelsen, ou seja a regra de reconhecimento de Hart, não há controle quanto ao mérito, apenas forma.

O tratamento jurídico-positivista que circundou tragédias sociais históricas, como as grandes guerras mundiais, terminou por demonstrar a insustentabilidade desse sistema jurídico como pensado originalmente. Não se está a colocar a culpa nos positivistas jurídicos pelo surgimento de Estados totalitários, criação de leis antissemitas e pelo acirramento bélico mundial, o que seria, por si só, uma conclusão absurda.

A única conclusão majoritária a que se chegou foi a necessidade de buscar novas vias jurídicas para se enfrentar problemas sociais complexos, numa busca incessante para se chegar a um sistema jurídico em que tais fatos humanos trágicos pudessem ser impedidos, e jamais se repetissem. Não se sabe onde se quer chegar, apenas se tem a certeza de que a mudança é necessária.

Esse impacto a que todos foram submetidos terminou por gerar ondas jurídicas das mais diversas possíveis. Uma de resgate do jus-naturalismo, outras de releitura do positivismo e as que buscaram uma terceira via.

Nesse contexto, surgem diversas teorias jurídicas, de bases filosóficas diferentes, sem uma nomenclatura certa, tentando explicar

os acontecimentos históricos ocorridos na Europa do século XX. Algumas teorias dessa fase são até mesmo conflitantes, porém são chamadas genericamente de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas.

As principais características dessas correntes são a reaproximação do Direito com a Moral, onde se terá uma incorporação nas constituições de princípios de Justiça de caráter ético-político, imersas numa carga axiológica; diferenciação das normas em regras e princípios, com a conseqüente constatação de que grande parte das normas constitucionais é de princípios, bem como o reconhecimento de normatividade a estes; e a conclusão de que o Direito deve ser encarado como um fenômeno discursivo, em que a argumentação jurídica e a ponderação são necessárias à aplicação do Direito, o que resulta naturalmente num fortalecimento da importância da atuação dos juízes.

O desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica empreendidas a partir dos trabalhos fundacionais de Viehweg, Toulmin, Perelman e Recaséns Siches, no período dos anos cinquenta do século XX, pelas quais iniciaram-se estudos que sustentam a possibilidade de um pensamento prático (racional) mais além da lógica dedutiva e que, posteriormente, recebeu, por parte de autores como Aarnio, Alexy, MacCormick ou Peczenick um delineamento mais específico da atividade argumentativa inerente à prática jurídica [...].

[...] a incorporação dos conteúdos do Direito racional moderno (direitos fundamentais, princípio da democracia, Estado de direito e social) às suas constituições ocidentais provocará uma abertura da discussão jurídica no âmbito dos postulados da correção moral, exigir-se-á, desde aí, **uma atitude de redefinição da tarefa metodológico-jurídica, que, agora, precisará desenvolver um procedimento embasado na efetivação daqueles conteúdos. Esta tarefa encontrará na Teoria do Discurso seu substrato teórico**, haja vista que esta incorpora junto à sua formação os postulados regulativos da autonomia e universalidade, tão próximos senão identificados com a realização do próprio princípio da democracia. (DUARTE, 2010. P. 51,52, *grifos nossos*).

## 2. A BUSCA PELA CORREÇÃO DO DIREITO

### 2.1. Gustav Radbruch

A. Kaufmann traduz bem a importância desse momento histórico de desconstrução das teorias passadas e reconstrução da teoria geral do direito ocidental quando diz “A procura de uma <terceira via> entre ou para além do direito natural e positivismo é, hoje, em todo o mundo, o tema da filosofia do Direito (abstraindo agora das orientações puramente formalistas e funcionalistas)”.

Gustav Radbruch é apontado como o primeiro a se lançar nessa busca de superação do dualismo Direito natural e positivo. Inicialmente positivista, posteriormente passou a desenvolver sua filosofia também preocupado com o conteúdo, não se limitando à forma, lógica e estrutura. E tudo isso, no início do século XX, ou seja, antes das guerras mundiais a que fizemos referência acima. É atribuída a ele a frase publicada em 1914 nos *Grundzüge der Rechtsphilosophie* <Não se vislumbra justificação para a validade de Direito manifestamente incorreto>, bem como no ano de 1919 teria apostrofado o positivismo de ‘idolatria do poder’. (KAUFMANN, 2015, f. 136).

O conflito entre a Justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido da seguinte maneira: o Direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando o conteúdo é injusto e falha em garantir o bem comum, a não ser que o conflito entre a lei positiva e a justiça alcance um grau tão intolerável que a lei, enquanto ‘Direito defeituoso’, deve sucumbir à Justiça. É impossível traçar uma fronteira clara entre os casos de ‘antijuridicidade legal’ e de leis que são válidas apesar de suas imperfeições. Uma distinção, no entanto, pode ser traçada com especial clareza: **Onde não há sequer uma busca da justiça, onde a igualdade, núcleo da justiça, é deliberadamente traída na criação do Direito positivo, então a lei positiva não é apenas ‘Direito defeituoso’, mas carece por completo da própria natureza de Direito.** (RADBRUCH *apud* BUSTAMANTE, 2008, p.164,165, *grifo nosso*).

Para os fins da presente pesquisa é suficiente o reconhecimento de que Gustav Radbruch efetivamente iniciou o desenvolvimento de uma *terceira via*, pois seu conceito de Direito não se amoldava ao Direito

natural clássico (Direito equivalendo ao valor jurídico absoluto - justiça), bem como destoava do conceito positivista (em que o conteúdo não tem qualquer importância). Seria absurdo esperar de Radbruch linearidade ou uma teoria bem delimitada e acabada, mas restou claro sua preocupação com o conteúdo do Direito, sem abandonar a segurança jurídica do positivismo, o que, por certo, terminou por influenciar diversos outros autores.

Robert Alexy, já dentro de sua teoria pós-positivista, imbuído da mesma insatisfação e inquietação de Radbruch, fazendo uma releitura discursiva e argumentativa da postura jusnaturalista deste, declara “O Direito extremamente injusto não é Direito”. Ou seja, o conteúdo material da teoria de Alexy já havia sido lançado desde o início do século XX com Radbruch, ainda que de forma cientificamente incoerente, pois teria sido algo mais sensível e empírico, sociologicamente explicável pelos absurdos humanos que o positivismo não conseguira impedir, num verdadeiro regresso ao ideal jusnaturalista numa estrutura positivista.

## **2.2. Jurisprudência dos conceitos**

Tal corrente foi um dos primeiros desdobramentos do positivismo jurídico, podendo citar nomes como V. Ihering, V. Savigny e F. Puchta, este considerado o fundador. Defendiam um sistema escalonado, lógico e consequencial de conceitos normativos. Assim, afastavam-se de teorias metafísicas, mantendo a ideia de que o Direito provém de uma fonte dogmática, mas através de conceitos.

O formalismo, a organização sistemática e a hierarquização de conceitos normativos são características dessa corrente. Não se desvinculava do processo legislativo, porém se justificava numa interpretação científica daquela norma criada pelo legislador, construindo uma verdadeira pirâmide normativa, não de normas, mas sim de conceitos extraídos de tais normas.

O ideal do sistema lógico é plenamente atingido, quando no topo se encontra um conceito o mais geral possível, no qual todos os restantes conceitos, espécies e subespécies, podem ser subsumidos, ao qual, por conseguinte, se pode chegar, partindo de qualquer ponto da base, passando por uma série de elos inter-

mediários, deixando sempre para trás o particular. (LARENZ apud KAUFMANN, 2015, p.168). Puchta qualifica este processo precisamente como *genealogia dos conceitos*. (KAUFMANN, 2015, p.168).

O que se observa ainda é uma grande importância à forma, uma tentativa de se obter conceitos puros, claros, objetivos, unívocos e escaloná-los em seguida para então aplicá-los num caso concreto. Trata-se de um verdadeiro método dedutivo, indiretamente preso ao texto normativo, pois as extrações dos conceitos advêm das interpretações dos termos que compõem a norma.

### 2.3. Jurisprudência dos interesses

Tal corrente ainda está presa à visão positivista, entretanto se inicia um processo de abertura, ainda que inicialmente tímido, porém sem volta, pois afirma que o julgador deve levar em conta os interesses subjacentes às normas jurídicas ao passo que o mantém adstrito à lei. Mas certamente promoveu grandes avanços na discursividade em busca da correção do Direito. O nome mais proeminente desta corrente é Philipp Heck.

Com o tempo, ela revolucionou, de facto, a aplicação do Direito, na medida em que substituiu, mais e mais, o método de uma subsunção nos conceitos legais rígidos, fundamentada de um modo meramente lógico-formal, pelo método da apreciação ponderada de uma situação factual complexa e de uma valoração dos interesses aí em causa, de acordo com os critérios valorativos próprios da ordem jurídica. Desta forma, a jurisprudência dos interesses proporcionou aos juízes uma consciência tranquila e, em muitos casos, tornou supérfluas justificações aparentes. (LARENZ apud KAUFMANN, 2015, f. 173).

Kaufmann fala em “jurisprudência genética dos interesses” quando se confundem os interesses (necessidades vitais, desejos, expectativas, papéis) com os próprios fatores causais do Direito, o que traria uma circularidade bastante duvidosa. Também classifica em “jurisprudência dos interesses produtiva” quando o julgador, diante de uma lacuna, tiver o poder de complementar o Direito com seus próprios mandamentos, utilizando-se de pontos de vista teleológicos.

O processo de abertura do sistema jurídico ganhou pontos com a jurisprudência dos interesses, pois proporcionou ao juiz condições de sair da literalidade normativa e ingressar no universo real, com seus intermináveis (quantitativamente) e imensuráveis (qualitativamente) interesses. Assim, o caminho para a jurisprudência dos valores estava preparado.

## 2.4. Jurisprudência dos valores

O processo de superação do positivismo ou de busca por uma terceira via para as respostas jurídicas aos casos mais complexos, talvez, tem seu ápice com a jurisprudência dos valores. O reconhecimento de que o texto normativo não é suficiente para garantir a correção do Direito, bem como a preocupação com o conteúdo do Direito, reforçam a ideia da necessidade de valoração do Direito.

A ideia de valoração carrega em si a possibilidade de abertura do sistema rígido positivista. A valoração envolve classificações, mensurações, análises, argumentações, ponderações, subsunções, tudo num contexto viável apenas dentro de uma teoria discursiva. Indo desde valorações do legislador, quando da criação das leis, até do julgador, no ato de aplicação do Direito. Tais valorações se fortalecem nas lacunas legais, nas obscuridades e nos casos complexos.

A conclusão da análise das correntes positivistas de que tudo pode ser Direito é combatida pelo reconhecimento de que o ideal da Justiça é ínsito ao Direito, deve haver controle material das leis, de moralidade e de correção, negando a própria validade do Direito para casos absurdos.

Essa mudança de postura frente ao fenômeno jurídico acarretou diversas alterações na teoria do Direito e críticas no sentido de prejuízos à segurança jurídica, de subjetivismos, de arbitrariedades e impossibilidade de controle racional das decisões. Por outro lado, várias teorias defendem a possibilidade de construir uma teoria racional que consiga conciliar todos esses elementos. Tal processo ainda não se fechou e o vivenciamos até os dias de hoje.

A passagem à Jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento *argumentativo*, levaram a uma reno-

vada discussão da possibilidade e utilidade da construção de um sistema na ciência do Direito. (LARENZ, 2014, p.171).

Para encerrar esse contexto em que se mostram os juristas inquietos com um Direito positivo passivo frente às injustiças “legais” e em busca de um caminho para uma circunstância em que Direito e Justiça estejam juntas, cito:

A Fórmula de Radbruch foi forjada como uma reação ao nazismo e às atrocidades praticadas durante esse período supostamente “em nome do Direito”. Gustav Radbruch, ao formulá-la, foi sem dúvida nenhuma um participante na difícil empreitada de reconstruir uma sociedade minimamente civilizada, além de uma ética e um Direito, no contexto de barbaridade e destruição deixado por Hitler. (BUSTAMANTE, 2008, p.163).

### **3. ROBERT ALEXY**

#### **3.1. Apresentação, contextualização, influências e o projeto de Alexy**

Robert Alexy nasceu em 1945 na Alemanha, fazendo sua carreira acadêmica - jurídica e filosófica - em meio às radicais transformações citadas, momento pós-positivista de desconstruções e reconstruções, e, sobretudo, vivenciando na própria Alemanha, local berço do nazismo, uma espécie de ressaca moral em que o fenômeno jurídico havia se colocado, pois, de certa forma, o positivismo até então reinante tinha acobertado ou, pelo menos, não conseguido impedir as atrocidades de um totalitarismo nacionalista trágico de Hitler.

Observa-se do que fora escrito acima que Alexy desenvolverá seus estudos em momento histórico traumático (pós 2ª Guerra Mundial), num contexto da filosofia também efervescente (pós viragem linguística, filosofia da linguagem) e em momento metodológico de superação ou busca por algo novo na teoria do Direito (pós-positivismo). Assim, influenciado por esse turbilhão social, filosófico e jurídico de mudanças, superações, alterações, novas perspectivas e adaptações, Robert Alexy desenvolveu uma das teorias do Direito mais difundidas por todo o mundo.

Os estudiosos da vida e obra de Robert Alexy apontam que suas principais influências foram Aristóteles, Immanuel Kant, Gottlob Frege, Hans Kelsen, Herbert Hart, Gustav Radbruch, Alf Ross, Chaim Perelman e Jünger Habermas, além de seus mestres de graduação Günter Patzig em Filosofia e Ralf Dreier na Ciência Jurídica.

Nesse contexto e com essas influências, Robert Alexy encontra farto material de pesquisa na produção jurisprudencial da Corte Constitucional Federal Alemã para desenvolver uma teoria discursiva racional voltada para o universo de uma necessidade da argumentação jurídica em busca de uma correção do Direito, bem como cria técnicas de ponderação envolvendo os conflitos fáticos de direito fundamentais.

Essa pretensão de correção, que ocupa um papel crucial no pensamento do autor, deve ser explicada a partir da Teoria do discurso de Jünger Habermas, que dá fundamentação à Teoria da argumentação elaborada por Alexy. Por isso não há qualquer exagero na afirmação de Manuel Atienza de que **“a Teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretção da Teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”**. (BUSTAMANTE, 2008, p.153, *grifo nosso*).

Com o argumento da correção, no contexto da jurisprudência dos valores acima, Alexy divide norma em regras e princípios, estes carregam toda uma carga valorativa e moral para dentro do Direito formal. Assim, tenta-se tornar jurídico – conceito de validade e invalidade – argumentos até então externos ao Direito. E esse passo de considerar inválidas normas absolutamente injustas é feito dentro de uma Teoria discursiva impregnada de uma racionalidade argumentativa comunicacional de origem Habermasiana.

Assim, após as constatações de cunho pós-positivista, já relatadas acima, e influenciado pela jurisprudência dos valores, além das decisões da Corte Constitucional Alemã pós 2ª Guerra Mundial, Alexy parece traçar um projeto em que buscou conciliar a tão difundida segurança jurídica do positivismo (ao reconhecer que princípios são normas jurídicas, portanto ainda estaria mantida a estrutura e análise de validade das normas) com o ideal de Justiça e correção do Direito fortalecido pelas decisões da Corte Alemã e pelos ideais da jurisprudência dos valores (no momento em que aproxima princípios de valores). Para atingir tal

escopo e conseguir unir os pontos até então inconciliáveis (relembre-se o leitor da contradição metodológica, insuperável à época, de Radbruch relatada ao final do ponto 2.1), Alexy lança mão de uma teoria da argumentação jurídica, a qual passamos a estudar.

### **3.2. As obras de Robert Alexy**

Robert Alexy desenvolveu seu projeto, basicamente, em três obras principais, sendo: Teoria da argumentação jurídica, finalizada no ano de 1976; Teoria dos direitos fundamentais, em 1984 e Conceito e validade do direito, já em 1992. O autor possui inúmeros artigos publicados ao longo de sua vida, os quais sempre giram em torno de sua Teoria da argumentação e Direitos fundamentais.

Vários autores brasileiros dedicam-se ao estudo da vida, obra, organização, crítica e tradução dos textos de Alexy para o público brasileiro. Cito obras como Constitucionalismo discursivo; Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito; Princípios formais: e outros aspectos da Teoria discursiva do Direito e Teoria discursiva do direito. As referências completas estão ao fim deste trabalho.

### **3.3. A discursividade de Alexy na Teoria da argumentação jurídica**

Inicialmente, Alexy vai inserir sua teoria dentro de uma filosofia da linguagem, demonstrando que a exteriorização de posições e interesses passa por uma reflexão fundamentada anteriormente, ainda que apenas interna, e isso é o conceito de argumento.

A pesquisa sobre a racionalidade do discurso jurídico foca sua atenção no procedimento, formal, no caminho, no meio, em como fazer; entretanto, não se esquece do material, do conteúdo. Aqui talvez esteja logo o primeiro grande engano das pessoas que começam a estudar a Teoria do Alexy, pois de forma precipitada já concluem que o autor não se importa com o resultado e que, por isso, não merece atenção, pois não traz a solução desejada pelos pós-positivistas. Não se pode confundir certeza absoluta com a ideia fundamental de discurso racional prático.

A Teoria de Alexy é sim formalista, segue regras práticas de argumentação, porém toda ela é direcionada para o fim de se conseguir a correção do Direito, o moralmente adequado e aceitável. Com isso, Alexy não promete em sua Teoria um único resultado certo e exato, mas sim um resultado discursivamente aceitável, o qual possui correção. E tal resultado – discursivamente aceitável – é obtido com a aplicação e respeito às regras de um debate dialógico por meio de argumentos práticos gerais e jurídicos. Assim, toda a procedimentalidade lógica do discurso de Alexy visa a obtenção de um resultado material com correção aos valores aceitáveis, o qual pode não ser o único.

Na primeira parte de sua Teoria da argumentação jurídica, Alexy aproveita-se de todo o arcabouço de conhecimentos e avanços já conquistados ao longo do século XX no campo da filosofia da linguagem e da Teoria do discurso. A partir da análise individualizada de cada uma das correntes, indicando os erros e os acertos, Alexy vai forjando as regras que comporão sua Teoria do discurso prático racional geral. A Teoria que mais foi aproveitada por Alexy, sem sombra de dúvidas, foi a Teoria consensual da verdade de Jünger Habermas.

Assim, sempre ressaltando que o ser humano é por essência linguagem, o autor vai pinçando as regras de fundamentação, de razão, de carga, de argumentação e de transição. Nada escapa ao discurso, seja internamente (o conteúdo das próprias regras do discurso) ou externamente (a forma das regras do discurso). Por isso, a racionalidade e o processo de eliminação dos absurdos inaceitáveis é realizado desde o primeiro argumento lançado, num contexto de argumento e contra-argumento.

As regras do discurso passam por fundamentações de ordem técnica (regras de meios para atingir fins); empírica (regras que regem de fato); definitória (jogo de linguagem de fato ou hipotético) e pragmático-universal ou transcendental (a validade de algumas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística).

Um discurso que se tenha desenvolvido segundo as regras elaboradas até agora, e nas formas anteriormente analisadas, não supõe uma garantia quanto à correção do resultado. Isso não é assim em relação a algumas normas discursivamente necessárias. A maioria das normas é apenas discursivamente possível. [...] Não é um defeito de uma teoria do discurso que isso seja

deixado ao encargo dos participantes no discurso, mas uma de suas vantagens decisivas. (ALEXY, 2011, p.137).

Fixados os alicerces de uma teoria do discurso prático racional geral, o autor avança para o delineamento de uma teoria da argumentação jurídica, num processo de afunilamento lógico e racional movido por argumentos sérios e concatenados. Com isso, relacionando os tipos de discurso geral e mais especial, cumulando as conquistas argumentativas, estabelece as regras de justificação interna e externa. Aquela é entendida como a verificação se a decisão é uma consequência lógica das premissas expostas na fundamentação; e esta é entendida como a correção de tais premissas, as quais podem ser aferidas por meio de regras de Direito positivo e/ou enunciados empíricos. Aqui, as regras de argumentação serão mais exigidas para não se perder a correção.

Com esse mister, de forma detalhada, o autor chega a listar as regras do discurso prático geral e do discurso jurídico no apêndice de seu livro. Todas parecem querer transmitir a ideia de coerência, credibilidade, uniformidade, respeitabilidade e uma tendência universalizante dos argumentos jurídicos.

Apenas para o leitor ter uma ideia de tais regras, listo algumas do discurso prático geral, quais sejam: 1 – nenhum falante pode contradizer-se (regra fundamental); 2 – todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação (regra de razão); 3 – quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo (regra de carga de argumentação); 4 – quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas (regra de fundamentação); 6 – para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico – empírico (regras de transição). No mesmo sentido, também transcrevo algumas do discurso jurídico, tais como: 1 – para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; 2 – a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições (ambas de justificação interna); 3 - deve ser saturada toda forma de argumento

que houver entre os cânones da interpretação; 4 – Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo e 5 – quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação (as três últimas de justificação externa).

Cláudia Toledo, na apresentação da edição brasileira da obra *Teoria da argumentação jurídica*, (2013), esclarece que o discurso é prático (pois é voltado ao agir humano), é normativo (pois estabelece orientação), é racional (pois é construído argumentativamente) e busca a correção. Esclarecendo ainda:

O discurso prático deve então obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional. Há, portanto, identidade no discurso entre racionalidade e correção. Essa é a concepção da teoria consensual da verdade habermasiana que Alexy adota, após algumas modificações críticas, na formulação de seu discurso prático racional geral e do discurso jurídico.

A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente.

Refuta-se, com isso, a afirmação positivista de não cientificidade ou de relatividade das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção. (ALEXY, 2011, apresentação Cláudia Toledo).

Portanto, trata-se de uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico em que a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao Direito vigente e a pretensão da correção, inicialmente traçada, consiste exatamente na racionalidade da fundamentação, a qual exige a obediência ao máximo das regras do discurso prático geral e do discurso jurídico para, então, alcançar uma decisão discursivamente aceitável.

Esclarecedora é a lição de Cláudia Toledo, quando faz alerta quanto ao sentido de termos comumente empregados com forte conteúdo de material valorativo diferente daquele a que Alexy atribui:

Desse modo, a pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material,

conteudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas, meta que foge totalmente àquela perquirida por Alexy.

Isso significa que, quando Alexy menciona termos como justiça, razão, razão prática, não está ele fazendo referência, consecutivamente, ao conteúdo do valor Justiça presente em determinada realidade ou à Razão cartesiana ou ainda a uma Razão prática Kantiana ou sua versão mais recente na Dialética, como orientada para a realização de um fim socialmente eleito. Todas essas expressões são tratadas dentro da Teoria do discurso, sendo sua aplicação desenvolvida exclusivamente do ponto de vista argumentativo – portanto, procedimental. (ALEXY, 2011, apresentação Cláudia Toledo).

Faz-se necessário rebater a crítica de que a Teoria de Robert Alexy não seria capaz de nos fornecer uma resposta correta e segura diante de casos concretos. Não se pode imputar a ele tal suposta falha em seus estudos, pois nunca fora prometido tal consequência prática. Ou seja, não se pode estudar a Teoria da argumentação jurídica de Alexy visando encontrar uma resposta única, exata e correta. Assim, Alexy defende que a aplicação rigorosa de sua teoria tem a capacidade de fornecer, ao final, uma resposta discursivamente aceitável, a qual certamente terá eliminado os extremos absolutamente injustos.

### **3.4. A discursividade de Alexy na Teoria dos direitos fundamentais**

Nesse contexto, Alexy constata a existência de três dimensões da Teoria dos direitos fundamentais, quais sejam a analítica (em que se tem a dissecação do Direito vigente de maneira sistemático-conceitual), a empírica (uma conjunção da cognição do Direito positivo com a aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica); e a normativa (nesse ponto deve ocorrer a elucidação e crítica da prática jurídica, em especial da prática jurisprudencial).

Os conceitos ficam mais claros e tomam corpo quando se reconhece que na jurisprudência dos conceitos houve o predomínio da dimensão analítica, na jurisprudência dos interesses houve o predomínio da dimensão empírica e na jurisprudência dos valores a dimensão normativa foi a predominante.

Exatamente no contexto da jurisprudência dos valores, sob o já constatado predomínio da dimensão normativa dos direitos fundamentais, que emerge o problema dos valores quando da interpretação da norma diante do fato concreto, ocasião em que se constata a porosidade e a existência de lacunas. Com isso, Alexy constata o que ele nomeia como “problema de complementação” e “problema da fundamentação”. Tais pontos são enfrentados pela sua Teoria estrutural de direitos fundamentais.

### **3.4.1. A divisão das normas de direitos fundamentais em regras e princípios**

A coerência metodológica de toda a Teoria de Robert Alexy, em que se busca a correção do Direito, numa tentativa de não perder a juridicidade do positivismo e ao mesmo tempo “juridicizar” elementos axiológicos, passa pela distinção estrutural das normas de direitos fundamentais. A necessária diferenciação é feita discursivamente por Alexy em regras e princípios. Tal estruturação evita algumas das críticas feitas ao pensamento de Radbruch outrora.

Para a Teoria dos direitos fundamentais, o ponto de partida mais importante é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2017, p.85).

Utilizando-se dos critérios diferenciadores quanto à generalidade; determinabilidade dos casos de aplicação; forma de surgimento, se criada ou desenvolvida; conteúdo axiológico; referência a uma ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; importância para a ordem jurídica; razões para regras ou regras em si mesmas; se normas de argumentação ou de comportamento; e maneiras de aplicação, se sub-sunção ou ponderação; Alexy conclui que há uma diferenciação não só de grau, mas também qualitativa entre regras e princípios.

Assim, as regras são determinações, normas que sempre ou são satisfeitas ou não satisfeitas, no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Regras são razões definitivas para decisões concretas. Os aparentes conflitos entre regras são resolvidos por outras regras, dentro de uma perspectiva de validade, tais como critérios da hierarquia, da especialidade, da cronologia, dentre outras regras.

Já os princípios são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados, pois colisões entre eles são possíveis. Princípios são razões *prima facie*, sendo razões para regras e também para decisões concretas.

Nesse ponto, é inviável a solução dada ao caso das regras, sendo necessário verificar qual dos princípios terá precedência em face do outro, naquelas determinadas condições. Trata-se de uma questão de peso num dado concreto, pois não há que se falar em precedência incondicionada, abstrata ou absoluta.

Considerando que somente princípios válidos podem colidir, faz-se necessário trazer o conceito de Direito para Alexy, em que numa perspectiva de vinculação – complementaridade – entre direito e moral, concatena elementos de validade sociológico, ético e jurídico, pressupondo respectivamente um mínimo de eficácia social, correção material e legalidade conforme o ordenamento. Por fim, conclui:

O Direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do Direito para satisfazer a pretensão de correção. (ALEXY, 2009, p.151).

Superada a validade dos princípios que estão em colisão, analisados como qualquer outra norma, aplicar-se-á a “Lei da colisão” com o adequado sopesamento entre os princípios, pois valores constitucionais

estão em choque. Tal conclusão reflete a maior proximidade entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos valores, porém não se igualam.

Princípios e valores estão intimamente relacionados. Princípios, como mandamentos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico – dever ser. Já os valores, pertencem ao nível axiológico – ser bom. A aplicação de princípios passa pela escolha de critérios de valoração (os quais podem ser classificatório, bom ou ruim; comparativo, maior/menor/igualdade de valores; e métrico, uma magnitude qualquer), e tal escolha necessita de sopesamentos, pois os referidos critérios competem entre si.

### **3.4.2. A máxima da proporcionalidade**

A estrutura dos princípios de Direito fundamentais e a possibilidade de colisões entre eles, conforme se atestou acima, torna necessária a aplicação das etapas da máxima da proporcionalidade, a qual é subdividida em três máximas parciais, quais sejam: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Devem sofrer aplicação escalonada e prejudicial, ou seja, não superada a etapa anterior, não há que se continuar.

Dois ou mais comandos de otimização quando estão em choque, devem ser harmonizados no sentido de se buscar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A adequação e a necessidade passam pelo crivo do faticamente possível. Já a proporcionalidade em sentido estrito realiza a análise do juridicamente possível.

A adequação traduz o ideal do “ótimo de Pareto”, ou seja, busca-se a melhor harmonização entre os princípios em conflito, tenta-se melhorar uma posição sem prejudicar a outra, ou prejudicar minimamente possível. A adequação carrega a ideia de aptidão menos onerosa diante daquelas possibilidades fáticas colocadas no caso concreto.

Não resolvido o conflito na primeira etapa, ou seja, ainda persistem dois ou mais princípios adequados, avança-se para a análise da necessidade, fase esta que ainda se utiliza e se busca atingir o ideal de “Pareto”. Assim, decide-se pelo princípio adequado e necessário sem lesividade para o outro. Entretanto, quando os custos forem inevitáveis, evolui-se para a fase seguinte.

Na proporcionalidade em sentido estrito, tem-se efetivamente a aplicação da Lei do Balanceamento ou sopesamento que diz “quanto maior o grau de não satisfação ou detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”. Assim, acontece uma relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas do caso concreto colocado.

A aplicação da estrutura do balanceamento é feita também por etapas e utilizando-se de toda a Teoria da argumentação jurídica de Alexy apresentada acima, mediante fundamentações jurídicas apresentadas por um discurso racional.

A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro é o do estabelecimento do grau de não satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não satisfação do primeiro. (ALEXY, 2003, vol. 16, n.2, p.131-140).

Assim, o sopesamento em si é constituído de análises racionais individualizadas profundas dos princípios em colisão, fixando-se graus ou intensidades de importância de aplicação ou de sacrifício para cada princípio. Por fim, a análise é relacional entre as conclusões a que se chegaram anteriormente. Esse juízo de ponderação deve ser feito exaustivamente e por etapas, sempre obedecendo as regras do discurso jurídico.

### **3.5. A discursividade de Alexy à brasileira**

Alexy é um dos autores estrangeiros do universo da Filosofia do Direito mais estudados, traduzidos e citados no Brasil, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Dentre os estudiosos do autor, podemos citar Cláudia Toledo; Alexandre Travessoni; Virgílio Afonso da Silva e Luís Afonso Heck. Na nossa Corte Constitucional, numero como ministros que estão sempre citando o raciocínio de Alexy em seus votos, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

O fato de a obra de Robert Alexy ter se disseminado tão bem no Brasil não implica que sua Teoria esteja sendo fielmente aplicada por nossos Tribunais. Infelizmente, já se constatou por alguns estudos teóricos e empíricos, que a recepção do pensamento de Alexy foi deturpada, falaciosamente “abrasileirada” de forma a possibilitar ponderações subjetivas, logo arbitrárias, em descompasso com o que defende seu criador. Em destaque nesse desvelamento, cito os pesquisadores Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade; Flávio Quinaud Pedron; Fausto Santos de Moraes e Rafael Giorgio Dalla Barba.

Com a chegada das ideias pós-positivistas, em que se teve a reaproximação do Direito com a moral, a distinção de regras e princípios e a utilização da máxima de proporcionalidade com a ponderação de princípios, tais doutrinadores denunciam a banalização dos princípios, a existência de decisões arbitrárias e subjetivistas, bem como ativismos judiciais que desequilibram a separação dos poderes. Nesse contexto, a recepção inadequada da Teoria de Alexy estaria servindo como um sustentáculo teórico para tais abusos.

Portanto, o que se observa não é uma crítica ao autor ora estudado, mas a constatação de uma deturpada e parcial aplicação da Teoria de Robert Alexy. O necessário aprofundamento desta temática deve ser realizado num contexto de estudos relacionados à Teoria da decisão, o que não integra os objetivos desta pesquisa. Por ora é suficiente tal constatação e alerta.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fio condutor de toda a pesquisa foi a busca pela caracterização discursiva do Direito atual. Para isso, resgataram-se as manifestações jurídicas pré-modernas, demonstrando suas alterações referenciais ao longo da história, até o esgotamento do positivismo como sistema jurídico ordenador, ocasião em que posturas pós-positivistas surgiram na tentativa de superar as incongruências tornadas inaceitáveis diante de trágicos fatos históricos como a 2ª Guerra Mundial.

A reaproximação do Direito com a moral e a preocupação com a correção do direito tornou necessária uma teoria metodológica que conseguisse dar tratamento jurídico aos valores, sem perder a segurança jurídica típica do positivismo. Nesse contexto, Robert Alexy

desenvolveu sua Teoria procedimental da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais, utilizando-se dos conhecimentos da Filosofia da linguagem e da discursividade do Direito.

Desde então, o Direito tornou-se discursivo e temas como argumentação jurídica; valores; princípios e sua normatividade; colisões de princípios de direitos fundamentais; proporcionalidade; adequação; necessidade; sopesamento; balanceamento e ponderação nunca mais deixaram de aparecer no universo jurídico. O que não significa o desaparecimento de manifestações do Direito natural e do Direito positivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés *et al*; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e tradução Luís Afonso Heck. 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a Filosofia do Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva; da 5 ed alemã. 2 ed; 5 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.

ANDRÉA, Fernando de. Robert Alexy: **Introdução crítica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria discursiva de Robert Alexy**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da argumentação jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CÁRCOVA, Carlos María. **As Teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HOLLERBACH, Alexander, et al. **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Organização Luís Afonso Heck. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 3 ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2015.

KELLY, J. M. **Uma breve história da Teoria do Direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”**: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

---

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas**. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios?>, acesso em 22 jun 2017.



# 4

## O OBJETO DO PROCESSO NO CPC DE 2015

(HOMENAGEM A RONALDO CUNHA CAMPOS)  
(THE OBJECT OF THE PROCEDURE – 2015 CIVIL  
PROCEDURE CODE)

**José Marcos Rodrigues Vieira<sup>1</sup>**

### RESUMO

A entrada em vigor do CPC de 2015 suscita problemas, alguns dos quais, todavia, já resolvidos pela doutrina que propiciou a própria evolução legislativa. É o que se passa com o objeto do processo e os limites objetivos da coisa julgada, quando o legislador adotou o precioso ensinamento de um dos maiores processualistas de todos os tempos, elaborado durante a vigência do CPC revogado, porém ao corrente da solução das dúvidas ensejadas no direito pátrio e no europeu.

**Palavras-chave:** Objeto do processo civil. Questões prejudiciais. Extinção da ação declaratória incidental. Limites objetivos da coisa julgada.

### ABSTRACT

The came into force of the 2015 Civil Procedure Code arouses some issues, some of them already settled by scholars who have

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG; Desembargador do TJMG.

allowed the legislative evolution. That's what came to happen with the object of the procedure and the objective limits of *res judicata*, by the time the law adopted the theory of one of the major civil proceduralist of all time, conceived during the term of the revoked Brazilian Civil Procedure Code and according to solutions to Brazilian and European issues.

**Keywords:** Object of the civil procedure. Preliminary issues. Declaratory action repeal. Objective limits of *res judicata*.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O mérito e o CPC de 2015. 3. Prejudicialidade. 4. Retrospecto sobre os CPCs de 1973 e 1939. 5. Mérito e questões de mérito. 6. *Actio e exceptio*. 7. Objeto argumentativo. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Em nosso *Da Ação Cível*, publicado ainda na vigência do Código anterior, procuramos fixar o objeto do processo como a lide nos limites do pedido<sup>2</sup>: trata-se de clara tentativa de conciliação da lide sociológica, de Calamandrei<sup>3</sup>, com a lide intra-autos, parcial ou integral, de Carnelutti<sup>4</sup> e aprimorada por Liebman<sup>5</sup>. A explicação reside na possível diversidade da narrativa intra-autos, com o que a porção de lide remanescente extra-autos (e que poderia resultar de seu fracionamento, não trazida toda pelo pedido) interessa ao objeto processual<sup>6</sup>, pelo menos no que tange à tutela provisória de urgência cautelar, de que trata, hoje, o § Único, do art. 294, do CPC de 2015 – não se justificando

<sup>2</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 159.

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero – **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. In *Rivista di diritto processuale civile*, vol. 5, Padova: CEDAM, 1928, p. 89/98.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco – **Lezioni di diritto processuale civile**. v. IV, Padova: CEDAM, 1986, pp. 10 e ss.

<sup>5</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio – **O despacho saneador e o julgamento de mérito**. In Estudos sobre o processo civil brasileiro, São Paulo, José Bushatsky, 1976, pp 114 e ss.

<sup>6</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – **Da ação cível**. cit., p. 79.

seja tomada a lide como dado puramente sociológico, sacrificada no altar do pedido (do autor).

O atual CPC faz relevante concessão à porção de lide fora dos autos, no saneamento em cooperação, quando determina ao juiz a designação de audiência (art. 357, §3º, do CPC de 2015) para fixar o objeto – na hipótese de questão complexa de fato ou de direito – em busca das complementações necessárias: verdadeira aproximação dos princípios dispositivo e inquisitivo, de que se constitui a norma fundamental de cooperação entre todos os sujeitos processuais (Art. 6º, NCPC).

Avança o CPC de 2015 e situa o mérito nos **limites propostos pelas partes** (Art. 490), tal o definido no julgado de procedência ou improcedência do pedido ou da contestação. O réu formula pedido, quando contesta. Adere, portanto, o novo CPC à tese da bilateralidade da ação<sup>7</sup> – aliás, a reconvenção passou para a contestação (Art. 343). Decididamente – deixa de identificar o mérito com o pedido do autor. Passa a referi-lo aos **pedidos** (o plural é do texto) **das partes** (art. 490, NCPC). É que, por eliminar a ação declaratória incidente (cf. art. 1.054, NCPC), estende o mérito às questões prejudiciais suscitadas na Contestação – mesmo lógicas, desde que não puramente – as quais devem ser decididas expressamente no dispositivo (art. 490, NCPC): vem à baila o **critério legal para a extensão de tratamento *principaliter* à decisão das questões prejudiciais equiparadas – expressamente deduzido nos §§ 1º e 2º, do art. 503, NCPC**. Critério que reflete (senão que reproduz) o pensamento do doutrinador triangulino.

A expressão “objeto do processo” reclama o significado integral do objeto litigioso ou mérito da causa, bem assim diz com os limites objetivos da coisa julgada, dos quais se descortina a solução suscetível de traduzir-se em atividade satisfativa. Certo, o CPC de 2015 delimita, em tal objeto, a técnica de identificação, dedução e tratamento das questões prejudiciais hábeis a definir o juízo.

---

<sup>7</sup> CALAMANDREI, Piero – **Istituzioni di diritto processuale civile**. §33 (*A bilateralidade da ação*). In *Opere Giuridiche*, Vol.IV, Napoli: Morano, 1965, pp. 114/115.

Vem à lembrança o clássico do grande Professor da Escola Processual do Triângulo (que nomeia o Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), tese que estrutura em extensão e profundidade a ampliação objetiva do julgado ao tema das prejudiciais.

Não teriam sido persuasivas, acerca da coisa julgada sobre tal matéria, nem sequer as melhores observações, as do verbete escrito por Satta<sup>8</sup> para a *Enciclopedia del Diritto* e as de seu precioso aprimoramento, o verbete escrito por Denti<sup>9</sup> para o *Novissimo Digesto Italiano*. Cumpria aprofundar o exame, em busca de elemento porventura descurado nas respectivas proposições.

O grande cientista do processo, transitando entre os italianos, identificou e preencheu a ausência de justificativa da coisa julgada sobre as *Questioni Pregiudiziali*, ao erigir em meio e fim da cognição, a progressão do fato jurídico, extraída da *Teoria Generale del Diritto* de Carnelutti. Com tal técnica, escrevendo sob o Código de 1973, antecipou-se ao CPC de 2015 na opção que exerce por produção de coisa julgada sobre as questões prejudiciais independentemente de ação declaratória incidental. Justo, portanto, que se louve, hoje mais que antes, a referida monografia dos *Limites Objetivos da Coisa Julgada*<sup>10</sup>, que fora escrita para verberar, desde a própria origem itálica, a antinomia no regramento dos limites objetivos da coisa julgada, reproduzida em regras do CPC de 1973: a que neles incluía, as **questões (indistintamente) decididas** (art. 468) e a que destas excluía as **questões prejudiciais decididas incidentalmente** no processo (art. 469, III).

A rejeição à conhecida regra do art. 34, do CPC italiano, tomada a partir da aguda crítica de Cunha Campos, torna-se fundamento da disciplina atual da coisa julgada, vale dizer, a rejeição ao sistema de prejudiciais, do Código Buzaid.

<sup>8</sup> SATTÀ, Salvatore – **Accertamento incidentale**, verbete In *Enciclopedia del diritto*. Vol. I, Milano: Giuffrè, 1946, p.p 243-246.

<sup>9</sup> DENTI, Vittorio – **Questioni pregiudiziali**. verbete in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV, Torino: UTET, 1967, p. 677/678.

<sup>10</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites objetivos da coisa julgada**. 2<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1988, p. 116/117.

Os verbetes de Satta e de Denti poderiam tranquilamente apoiar-se no pensamento do consumado jurista mineiro, insuperado na matéria e cujo trabalho, atento ao núcleo essencial da técnica carneluttiana (o autor que, como ninguém, perscrutou o exame do conteúdo do processo), constitui exegese e respaldo a claras opções do legislador de 2015 sobre as categorias da questão e da lide (nos dispositivos legais ora submetidos a exame, arts. 10, 55 e §3º, 357, 489, 490, 503 e 1.054):

- a) Um fenômeno jurídico caracteriza-se pelos seus elementos intrínsecos e não por fatores extrínsecos. O alcance que se dê à decisão da prejudicial deve se fundar em sua característica de juízo prejudicial onde a lei é aplicada (elemento intrínseco). É inaceitável atribuir essa ou aquela função à decisão da prejudicial tendo por critério a vontade das partes;
- b) O processo se faz no interesse público na composição das lides, e contraria tal princípio atribuir à parte o arbítrio de determinar o caráter da decisão das questões após suscitadas, quando já são fatos do processo.

A equiparação a principais, das prejudiciais hábeis a definir o juízo<sup>11</sup>, expressamente incorporada ao CPC de 2015, sinaliza o dimensionamento da **exceção** (substancial) – o **meio técnico com o qual se provoca o dever de julgamento preventivo da questão**<sup>12</sup>; e o reconhecimento de ser **a exceção o fato processual em presença do qual a questão se torna prejudicial e idônea a definir o juízo**<sup>13</sup>.

Vivificados por Cunha Campos<sup>14</sup>, que incorpora o amadurecimento que lhes faltava, os verbetes adquirem **a justificativa** (exegeticamente ajustada ao CPC de 2015). A equiparação de prejudiciais a principais é inerente à **progressividade de eficácia dos fatos jurídicos, a se prolongar no processo – pela eficácia dos fatos jurídicos**

<sup>11</sup> DENTI, Vittorio – *Questioni pregiudiziali*, cit., p. 678.

<sup>12</sup> DENTI, Vittorio – idem-idem, ibidem.

<sup>13</sup> DENTI, Vittorio – ob. e loc. cit.

<sup>14</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites objetivos da coisa julgada**. cit., p. 62/63, ao concluir ser da natureza do *judicium* a resolução das questões criadora (e não apenas reconhecedora) de fato jurídico, mesmo para a ação declaratória, em que a certeza é fato novo, que não preexistia ao processo. Ainda: **Causa de pedir**, verbete In *Digesto de Processo*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 86.

**processuais, até o fato jurídico sentencial, o que se dá pela própria natureza da operação de julgamento<sup>15</sup>.**

É que, na dinâmica do sistema de Carnelutti<sup>16</sup>, a função técnica do ato processual, garantida pela norma processual, é produzir a modificação da cadeia de fatos onde eclodiu a lide. Assim a contestação incorpora a questão que demanda acerto prejudicial, isto é, de que passa a depender a solução exequível da lide<sup>17</sup> – a qual não poderia surgir das razões primitivas dos litigantes, mas de razão superveniente<sup>18</sup>.

Dá-se nos próprios autos, no contraditório ampliado da mesma relação processual (se necessário sob o saneamento em cooperação), a **conversão da questão em controvérsia, e enquanto se trata de controvérsia, a sua decisão não pode não ter, por sua natureza, a autoridade da coisa julgada<sup>19</sup>.**

## 2. O MÉRITO E O CPC DE 2015

O CPC de 2015 acolhe, como mérito, ao lado do pedido, a defesa, com ênfase a defesa de mérito indireta (art. 141, do CPC de 2015), que o Código de 1973 remetia ao só julgamento do pedido do autor, forçado o desvio. Quando, entretanto, existente pedido do réu, como nos Embargos à Execução Fiscal, o desvio reverso se surpreende na regra do § 3º, do art. 16, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (das execuções fiscais): ante as prejudiciais já exercitadas mediante ação, desnatura-se o pedido, vertido em matéria dita útil à defesa. E, em sede de defesa, tornam-se as exceções substanciais (*mirabile visu!*) meras preliminares *per volontà di legge* – embora já postas em ação, por vezes até declaratória de inexistência da relação jurídica tributária.

<sup>15</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – *Limites*, cit., p. 158/159.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco – **Sistema del diritto processuale civile**. Vol. II, Padova: CEDAM, 1938, p. 6.

<sup>17</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites**. cit., p. 148/149.

<sup>18</sup> CARNELUTTI, Francesco – **Istituzioni del processo civile italiano**. Vol. I, 5ª ed., Roma: Foro Italiano, 1956, p. 96; *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1940, p. 263.

<sup>19</sup> DENTI, Vittorio – ob. e loc. cit.

Evidente a artificialidade de tal sistema, em que degradadas a preliminares as prejudiciais, as exceções de mérito, portanto insuscetíveis de produção de coisa julgada contra a Fazenda Pública<sup>20</sup>. (Afortunadamente, há muito a jurisprudência do STF, hoje seguida pelo STJ, suaviza o rigor da execução fiscal<sup>21</sup>).

O problema é superado pelo CPC vigente, que confere foros de utilidade à contestação, em suas exceções prejudiciais, reunificada a demanda sob efetivo contraditório (art. 503, §1º, II) e eliminada do procedimento comum a **estrutura das ações sumárias, que reproduzem o princípio ‘solve et repete’**<sup>22</sup>.

O julgado de mérito (tal a explicação de Cunha Campos) ao definir as questões (hoje, no dispositivo, conforme art. 489, III), delimita-se pelo confronto entre as razões da pretensão e as razões da resistência<sup>23</sup>: são questões principais as da *actio* e as da *exceptio*, delas resultantes as razões da decisão. Principais se dizem as questões cuja solução resulte em razões da decisão, em *rationes decidendi*.

Ora, outra não é a dicção do legislador de 2015, que dita igualmente os limites objetivos nas questões principais e nas prejudiciais que, sob o atendimento dos requisitos descritos nos §§1º e 2º, do art. 503, se lhes equiparam.

Já, do ângulo do saneamento, os limites do mérito se definem como os pontos controvertidos, as questões fixadas, de fato e de direito: as simples (art. 357, II e IV, NCPC) e as complexas (§ 3º, do art. 357, NCPC), estas últimas, se necessário, em audiência própria.

Da contribuição de Cunha Campos, pode-se concluir que o critério que dimana do §1º e seus três incisos e do §2º, do art. 503, do CPC de 2015, é propriamente o que fora evitado pelo CPC de 1973, ao deslocar a questão prejudicial para a declaratória incidente. Sintomaticamente,

---

<sup>20</sup> Coerentemente, CUNHA CAMPOS assinalava, desde a lei anterior das execuções fiscais e perante o CPC de 1973 (*Execução fiscal e embargos do devedor*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 188), a desnecessidade de pedido expresso de declaração.

<sup>21</sup> Como informa CUNHA CAMPOS, *idem-idem*, p. 183,184.

<sup>22</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo- **Ação de imissão de posse**. 3ª. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 157.

<sup>23</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites**. *cit.*, pp.63, 75 e 146.

o CPC de 2015 rebusca as razões do critério ladeado pelo Código Buzaid: o próprio ônus de sucumbência advindo de pleito decidido *principaliter* – pode agora decorrer da improcedência da exceção, consoante a regra do §2º, do art. 85, do CPC de 2015, de fixação de honorários advocatícios sobre o proveito econômico advindo à parte ré. Acolhida a exceção substancial, a base de cálculo dos honorários da improcedência da ação (procedência da *exceptio*) é o que o réu deixou de gastar, em jogo de espelhos com o que seria decorrente de ganho de causa pelo autor.

Note-se que o tratamento legal da sucumbência incorpora o ganho científico de atenção à própria diversidade das eficácias sentençiais e não só à condenatória – porque a *exceptio*, mesmo declaratória ou constitutiva, não só quando condenatória (como a compensação), enseja igualmente ônus processuais. Por oportuno, cabe registrar o importante estudo jusromanista de Ovídio Baptista da Silva<sup>24</sup>, que demonstra a deturpação da *condemnatio*, de elemento da fórmula pretoriana em categoria de eficácia sentencial, como se a sucumbência fosse uma consequência da eficácia condenatória.

A efetividade – *principaliter* – do fato jurídico constitutivo da *exceptio*, precisamente, distintamente, dimensiona-a o CPC de 2015 no contraditório verificável na própria demanda originária.

Com efeito, o fato jurídico constitutivo de *exceptio*, a exemplo da prescrição, alegado e provado nos autos, não deveria depender de pedido, bastante a discussão em contestação – como propugnava, desde a vigência e mesmo sob a letra do CPC de 1973, o douto processualista triangulino.

Voltemos, por isso, à incoerência do Código italiano, cujo art.34, com a declaratória incidente, convive com a prescrição como prejudicial de mérito: cuja decisão, com vigor de sentença, pode todavia dar-se nos mesmos autos.

---

<sup>24</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo – **Reivindicação e sentença condenatória**. In *Sentença e coisa julgada*, 3ª. ed., Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1995, pp. 224-272.

Como destaca VITTORIO DENTI<sup>25</sup>: **pense-se, por exemplo, na prescrição, que indubiosamente está entre aquelas cuja decisão é ‘capítulo’ ou ‘parte’ de sentença, mesmo não podendo constituir objeto de um diverso e autônomo processo – e se concluirá que – não se pode na verdade desconsiderar a autonomia da decisão de questões preliminares de mérito (às quais não pode ser negado o caráter de ‘prejudicialidade’ em sentido técnico), o que revela que a referida autonomia não pressupõe a idoneidade das questões a constituir objeto de um diverso e autônomo processo.**

A crítica caberia por inteiro ao nosso CPC de 1973, submisso ao jugo da ação declaratória incidental, como se a qualidade de técnica – da prejudicialidade – pudesse deixar de ser endógena e decorrer da só circunstância do deslocamento para pedido outro. Pelo contrário, nunca seriam de degradar-se a mero fundamento a alegações de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e mesmo suspensivos do direito do autor, ensejadoras de réplica. E, no entanto, sempre foi mister a propositura de ação, no sistema formado pelos Arts. 5º, 325 e 470, do Código Buzaid, resignadamente reverente à influência do art. 34, do CPC italiano, apesar da vigorosa voz contrária de Ronaldo Cunha Campos – que hoje falaria pelo art. 1.054, do CPC de 2015.

A contestação, sede apropriada (meio técnico) de pedido – não só de procedência da exceção, de acolhimento dos fatos impeditivos, modificativos, extintivos ou suspensivos do direito do autor – e constitutivos de direito do réu – faz desaparecer atávico preconceito<sup>26</sup> denunciado, há cinquenta anos, por Denti<sup>27</sup>, **segundo o qual as questões prejudiciais findam aí onde começa o objeto do processo.**

<sup>25</sup> DENTI, Vittorio – ob. cit., p. 677.

<sup>26</sup> Expresso no verbete *Eccezione*, de VITTORIO COLESANTI, para a *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIV, Milano: Giuffrè, 1965, p. 193 e passim., em que (verdadeira resenha geral da influência chiovendiana da tese das *mere difese*) *os fatos impeditivos ou extintivos formam objeto de juízo já em virtude da demanda*.

<sup>27</sup> DENTI, Vittorio – ob. e loc. cit.

### 3. PREJUDICIALIDADE

Sob o CPC brasileiro de 2015, o tabu de pertença das prejudiciais aos fundamentos sentenciais é sepultado. CUNHA CAMPOS terá edificado a argumentação pertinente, como já proclamávamos<sup>28</sup> em recente obra sobre a coisa julgada.

Verdade é que ponderável doutrina brasileira, na esteira da italiana, com ênfase a de SÉRGIO MENCHINI<sup>29</sup>, propugnava<sup>30</sup> (e, parte dela, ainda propugna, à custa de negar vigência ao desaparecimento da ação declaratória incidental)<sup>31</sup> o rigor da distinção entre prejudicialidade dita técnica (a de processo autônomo, de outra lide – e até de outra relação jurídica material) e prejudicialidade apenas lógica (a de questão discutida no mesmo processo – e mesmo a atinente à mesma relação jurídica). No fundo, a reiteração da doutrina<sup>32</sup> que teria ditado o art. 34, do CPC italiano<sup>33</sup>, segundo a qual toda decisão *incidenter* não poderia deixar de ser *incidenter tantum* – de influência postergada, entre nós, para o CPC de 1973, quando já afastada desde o CPC brasileiro de 1939, diploma que se revela de impressionante atualidade, ainda que de alguma imprecisão conceitual.

Em si mesma, a regra do art. 34, do CPC italiano, porque reconhecidamente relativa à competência jurisdicional, não deveria servir, nem no sistema italiano, para exclusão da força de *giudicato* da solução de questões no âmbito de única demanda. Já se alteavam,

<sup>28</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – **Coisa julgada**: limites e ampliação objetiva e subjetiva, Bahia: JusPodivm, 2015, pp 97, 116, 159 e 162.

<sup>29</sup> MENCHINI, Sergio – **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 87-92.

<sup>30</sup> Por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini – **Ação declaratória incidental**. São Paulo: EDUSP/RT, 1972, p. 81-82.

<sup>31</sup> Dispensamo-nos, por respeito, de alinhar os doutrinadores.

<sup>32</sup> Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe – **Istituzioni di diritto processuale civile**. vol.I, Napoli:Jovene, 1957, p. 116.

<sup>33</sup> 34 – *Accertamenti incidentali – Il giudice, se per legge o per esplicita domanda de una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato (p.c. 324; c. 2909) una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimete tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione (p.c. 50, 307; att. p.c. 125) davanti a lui (p.c. 40).*

neste sentido, as vozes de Satta<sup>34</sup>, Denti (aqui citado, linhas e linhas acima) e Taruffo<sup>35</sup> (que viriam a ser seguidas por outros doutrinadores; e antes que estes, pela jurisprudência das Cortes, inclusive da Cassazione<sup>36</sup>). Vozes que aqui teriam eco nas de Galeno Lacerda<sup>37</sup> e Carvalho Santos<sup>38</sup>, que admitiam a coisa julgada sobre a exceção prejudicial, independentemente de ação declaratória incidente; de Alfredo Buzaid<sup>39</sup> e Thereza Celina de Arruda Alvim<sup>40</sup>, que tranquilamente admitiam o caráter de concernentes ao mérito, de várias dentre as prejudiciais do CPC de 1939, a exemplo da prescrição; e de Adroaldo Fabricio<sup>41</sup> que pugnaria pela possibilidade da declaração prejudicial sobre questão concernente à mesma relação jurídica material, já sob o CPC de 1973.

A razão é que o caráter de prejudicial não advém necessariamente de conexão entre relações jurídicas, mas antes – e para integração à coisa julgada – de conexão entre fatos jurídicos: de um fato jurídico eficaz depende outro fato jurídico. Disto é testemunho a regra do § 3º, do art. 55, do CPC de 2015, que impõe o tratamento sob reunião de processos, ante o risco de decisões conflitantes, mesmo sem conexão.

Relações jurídicas decorrem de fatos: *ex factu oritur ius*. Não se impõe o transpor-se necessariamente a prejudicial de uma a outra

<sup>34</sup> SATTÀ, Salvatore – **Accertamento incidentale**. In Enciclopedia del diritto, I, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 244/245.

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele – *Collateral estoppel e giudicato sulle questioni*, In Rivista di diritto processuale civile, Padova: CEDAM, 1972, p. 228.

<sup>36</sup> Desde o aresto informado por DENTI, Vittorio – verbete cit., p. 676 (Cass., 10 giugno 1966, n. 1515, **Foro Italiano**. 1966, I, 1235) e recentemente, como exemplo, por CARDINALLI, Stefano – **Commento giurisprudenziale critico**. In NICOLETTI, Carlo Alberto – **Profili istituzionali del processo civile**. 2ª. ed., Milano: Giuffrè, 2003, p. 126 e ss. (Cass. Civ., 29.3.1989, n. 1526; Cass. Civ., 27.10.1994, n. 8865).

<sup>37</sup> LACERDA, Galeno – **As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil**. In Revista Forense, vol. 246, Rio de Janeiro, 1974, pp. 160-166.

<sup>38</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. – **Código de processo civil interpretado**. 5ª. ed., Vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 115.

<sup>39</sup> BUZOID, Alfredo – *Agravo de petição*, São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 134-135.

<sup>40</sup> ARRUDA ALVIM, Thereza Celina de – **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977, p. 15.

<sup>41</sup> FABRICIO, Adroaldo Furtado – **A ação declaratória incidental**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 54-55, 171-172.

relação jurídica material. Sempre, sim, de um a outro fato jurídico. Modifica-se a cadeia narrativa e se chega com a *exceptio* – sob o contraditório efetivo, se não desde a contestação, ao menos por ocasião do saneamento compartilhado – aos limites da cognição *principaliter*, da “força de lei” a que se refere o *caput* do art. 503, do CPC de 2015, correspondente ao art. 468, do CPC de 1973.

#### 4. RETROSPECTO SOBRE OS CPCs DE 1973 E 1939

Vive-se retorno ao CPC de 1939 – pelo art. 503 e seus §§, do CPC de 2015: determina-se ao juiz resolver, na sentença de mérito, as questões prejudiciais cuja solução seja compatível com a solução da causa. Nada mais que o previsto no art. 282, do CPC de Pedro Batista Martins. Retoma-se, regressivamente, o percurso que conduziu à adoção da solução italiana (não bastasse o fato de já criticada na própria pátria). Restabelece-se a unidade de demanda para as questões, a indicar a desnecessidade de processo autônomo para as prejudiciais equiparadas a principais (art. 503 e §§1º e 2º, do CPC de 2015).

Em revelação do sentido de regra sobre competência, aplicável à verdadeira exegese do art. 34, do CPC italiano, que dita a *rimessione*, há a do *rinvio* (do art. 392), decorrente, este, da *cassazione*, com que, em respeito à consciência do juiz, é levada toda a causa a outro juízo, a fim de o mesmo julgador não ter de ultrapassar a preliminar ou a prejudicial<sup>42</sup> que antes acolhera. Outra regra, sobre competência, de unidade de processo.

É verdade, a solução da *pregiudiziale d’incostituzionalità*, pertencente à qualificada competência da *Corte Costituzionale*, ocorre mediante dúvida suscitada por juiz ou tribunal<sup>43</sup> em autos próprios.

<sup>42</sup> Neste sentido, PROVINCIALI, Renzo (*Il giudizio di rinvio*, Padova: CEDAM, 1936, p. 6): *no caso afirmativo, o ‘judicium rescissorium’ (reexame da lide) é devolvido ‘a outra autoridade judiciária igual em grau àquela que pronunciou a sentença cassada (art. 544, cod. proc. Civ.)*, referindo-se ao antigo CPC italiano, de 1865.

<sup>43</sup> Cf. GALLOTTI, Maria Isabel – **A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos**. In *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 170, 1987 p. 26.

Mas a especialidade da competência, a sua vez, é que justifica, para a *pregiudiziale d'incostituzionalità*, a exigência de demanda autônoma.

A exigência, pois, de demanda autônoma não se dá pela natureza, pela prejudicialidade em si, já que não se aplica a toda questão prejudicial. Têm-se, pois, no processo civil italiano, regras de modificação de competência, em sistema afeito à prejudicialidade como causa final, não como causa eficiente.

Assim é que a solução preconizada pelo CPC de 1939 só não se manteve no CPC de 1973, porque o legislador quis distinguir entre preliminares e prejudiciais, procurando corrigir a indistinção de termos do já referido art. 282, daquele Código<sup>44</sup>. Embora regra (a do art. 282, CPC de 1939) que não cuidasse de distinção, não se segue que, por abranger o gênero, questões prévias, implicasse exclusão das prejudiciais de mérito – solução indireta e que agora se revela imprópria. Pelo contrário, o gênero questões prévias não implicaria promiscuidade, não significaria dizer que não houvesse distinção de espécies e de efeitos, no sistema do CPC de 1939.

Indisputável a precisão do magistério de Barbosa Moreira<sup>45</sup> com o critério distintivo – objeto autônomo e necessária profundidade de cognição – para a prejudicialidade de mérito: nada, porém, excluiria que pudesse ser aplicado no âmbito da própria contestação, como agora disciplinado no Código de 2015, extinta a ação declaratória incidente (em retomada do brocardo *reus in excipiendo fit actor*). A exceção constitui objeto autônomo, irrelevante que não de processo autônomo.

Note-se que, um tanto confortavelmente, o CPC de 1973 havia optado por não declinar (embora reclamado) o critério distintivo entre preliminares e prejudiciais. Deixou o encargo para fundamentação do pedido de *accertamento incidentale* (e quiçá de fundamentação de afirmada pertinência da prejudicial a alguma relação jurídica material

---

<sup>44</sup> Art. 282 – *Na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente do mérito da causa, salvo se esta decisão for incompatível com a proferida na questão prejudicial.*

<sup>45</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos – **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, n. 13, pp. 32-33 ou n. 80, pp. 114-115.

diversa). Deslocou simplesmente o tema para o âmbito de cumulação de ações.

Deixava de ser matéria de defesa no CPC de 1973 (passando a ser matéria de ação), uma das frações essenciais da defesa de mérito, a das exceções substanciais. Volatizava-se, perdida fora da coisa julgada, a defesa de mérito indireta.

Produzia-se, por via transversa, no procedimento ordinário, sob a exigência da ação declaratória incidente, a sumarização por matéria da ação principal, da qual se excluía discussão de parcela do mérito: lembrando-se que **o que caracteriza a ‘sumariedade material’ de uma determinada ação é a separação entre a ação e as correspondentes exceções que o demandado poderia – se fosse plenária – opor à sua procedência**<sup>46</sup>.

Neste passo, porém, se esclareça. Não queremos dizer que só haja coisa julgada em procedimento comum, em juízo plenário. Também nos sumários, só que, nestes, sobre diverso ou reduzido bem jurídico. De qualquer modo, pois, nos **limites de efetividade** do respectivo contraditório – a teor do disposto no inc. II, do §1º, do art. 503, do CPC vigente – não raro restritamente, a exemplo da ação monitória e dos embargos de terceiro, como salientamos em obra recentemente publicada<sup>47</sup>.

*A res in iudicium deducta*, mais ampla ou mais restritamente, converte-se (*diventa*, diriam os italianos) em *res iudicata*. Exatamente por isso, a equiparação da exceção prejudicial a questão principal não se passa em procedimentos de sumarização por matéria, dada a restrição de defesa, vale dizer, excludente de alguma ou de todas as *exceptiones* (cf. §2º, do art. 503, do CPC de 2015).

Ligada ao pedido (e no CPC de 2015, também à defesa equiparada a pedido), a coisa julgada deixa impreclusa a matéria de ações posteriores, proponíveis pelo demandado, por isso que, **em matéria de procedimentos especiais, a especialidade, com atenuação do**

<sup>46</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo – **Ação de imissão de posse**. cit., pp. 156-157.

<sup>47</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – **Coisa julgada**. cit., pp. 114, 122 e nota 528, p. 175-176.

**princípio do contraditório, fê-los instrumentos de ‘imperium’, mais que de justiça**<sup>48</sup>. Também por isso não exclui, em procedimentos especiais, o cabimento de **demanda posterior independente, de que o demandado, tendo sucumbido, possa valer-se para desfazer o resultado prático adverso**<sup>49</sup>.

## 5. MÉRITO E QUESTÕES DE MÉRITO

Na esteira do teor do velho art. 468, do CPC de 1973, o mérito, aí correspondente à lide e às questões deduzidas, ganha agora abertura com a utilização da contestação como pedido, no lugar antes ocupado pela ação declaratória negativa. Teses como a de inexistência de relação jurídica, de nulidade e de existência de qualquer outro vício substancial são causas de pedir (de procedência) de alguma das exceções prejudiciais. Além do pedido de improcedência da *actio*, a contestação traduz-se em pedido de procedência da *exceptio*. A regra conjugada do art. 503 e de seus §§ 1º e 2º define o mérito como as questões principais e as prejudiciais que se lhes equiparem, aquelas e estas tais que hábeis a se decidir em dispositivo sentencial.

No sistema do CPC de 1973, recorde-se que as decisões contidas na fundamentação o seriam *incidenter tantum*, aí onde as prejudiciais – salvo as deduzidas mediante ação declaratória incidente, únicas que seriam decididas *principaliter*. Ilusória, a decorrência da vontade de parte (*per volontà di parte*) de propor a declaratória incidente era subordinada à necessidade de se evitar o efeito legal – em que era vertida em preliminar a prejudicial deduzida na contestação: sem coisa julgada e sem caráter de mérito, insuficiente a prova da *exceptio*, patente a contradição com a disciplina das aquisições processuais, dos Arts. 128 e 131, do CPC de Buzaid. Ora, só isto seria bastante para se demonstrar o desajuste de uma solução importada!

Hoje, porém, temos algo muito diverso. Temos a regra do art. 141 (idêntica à do art. 128, referido, do CPC de 1973) e a regra do art. 371,

<sup>48</sup> SATTA, Salvatore (em coautoria com PUNZI, Carmine) – **Diritto processuale civile**. 11ª. ed., Padova: CEDAM, 1992, n. 459, p. 813).

<sup>49</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, **Ação de imissão de posse**. cit., p. 156-157.

do CPC de 2015. No sistema do CPC de 2015, a coisa julgada alcança os fundamentos prejudiciais (não quaisquer motivos), tal a possibilidade de ampliação objetiva, desde duas vertentes legislativas: a do art. 489, §1º e incisos, que exigem – na fundamentação – o confronto das teses relevantes postas pelas partes; a do art. 10, que impõe a submissão ao contraditório das questões levantadas pelo juiz (e não só das cognoscíveis de ofício).

As questões, as das partes e as do juiz, podem ampliar-se em necessário ou útil contraditório da audiência de saneamento em cooperação, para fixação de outros pontos de fato e de direito que não os diretamente apresentados na inicial e na contestação.

Lembre-se, porque lhes vai além, a resolução de demandas repetitivas, que enseja ao(s) julgador(es) a ampliação, de ofício<sup>50</sup>, da questão de direito componente do pedido e do objeto de cognição, mediante o aporte de teses jurídicas não enfrentadas na demanda em que suscitado o Incidente. Mais uma vez, o objeto do processo. Cuida-se de ampliação da máxima *iura novit curia*. Ganha-se a dimensão supra-partes da lide, não mais a carneluttiana, e a ampliação do mérito da causa retrai o âmbito da eficácia preclusiva da coisa julgada.

## 6. ACTIO E EXCEPTIO

Uma palavra mais nos cumpre dizer, ante a nova disciplina do objeto do processo e que convém ao saneamento em cooperação, disciplinado pelo art. 357, NCPC. A de que terá sido ouvida pelo legislador brasileiro de 2015, a advertência de Renzo Bollaffi<sup>51</sup>: o ônus de alegação da causa de pedir deve ser ampliado pelo juiz – porque a lei o resume em reflexo da regra de distribuição do ônus da prova (já que não caiba ao autor provar a negativa); a tese é de que, do ônus de alegar o fato constitutivo, decorre o de assumir como alegada a inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, verdadeira teoria

<sup>50</sup> Neste sentido, CARMONA, Carlos Alberto – **O novo CPC e o juiz hiperativo**. In *Questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 69/69.

<sup>51</sup> BOLLAFFI, Renzo – **L'Eccezione nel diritto sostanziale**. Milano: Soc.Ed.Libreria, 1936, p. 40, 43.

ampliativa da causa de pedir – que ainda mais se justifica quando o autor postule tutela de urgência e, sobretudo, tutela de evidência.

Veja-se passagem a respeito, do doutrinador citado:

Seria abstratamente concebível que o autor, que afirma a existência do próprio direito, devesse provar a inexistência de um fato constitutivo de tal direito, a falta de condições dele impeditivas e também a falta de fatos impeditivos ou modificativos.

[...]

O juiz não pode ordenar indagações dirigidas a acertar a existência de circunstâncias favoráveis ao réu, porque a isto obsta o princípio dispositivo; mas quando, mesmo sem alegação da parte do réu, as objeções substanciais resultam dos atos (por exemplo, da exposição do autor), o juiz tem o dever de tê-las em conta na sentença de mérito, assim que não pode considerar existente o direito afirmado pelo autor.

Não sem razão, existiu época em que o CPC de 1973 reprimia como litigante de má fé o autor que omitisse fato essencial ao julgamento da causa. Era a regra, em sua redação original, do inciso I, do art. 17, daquele Código<sup>52</sup>.

Por força da temática ora em exame, cabe também falar do revogado CPC português e sua exigência de ampliação da causa de pedir para a solução útil da lide – suposta a dedução útil do contraditório, em inclusão da prejudicial de mérito.

Sobre o tema, coerentemente, aproveita-se passagem de Cunha Campos<sup>53</sup>, ao invocar o (então vigente) Código português de 1961 e suas regras dos Arts. 272 (alteração do pedido e da causa de pedir por acordo) e 273 (alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo, na réplica).

**A superveniência de que cuidamos, isto é, aquela da qual decorra a alteração do pedido ou da causa de pedir [e, diríamos, da *exceptio* ou da *causa excipiendi*, no sistema da audiência de saneamento em cooperação, do CPC de 2015]<sup>54</sup>, estaria disciplinada nos artigos 272 e 273 do CPC de Portugal.**

<sup>52</sup> Antes da Lei n. 6.771, de 27 de março de 1980.

<sup>53</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo - **Limites objetivos da coisa julgada**. cit., p. 163.

<sup>54</sup> Pela mesma razão de que *no procedimento há combinações de atos cujos efeitos*

O Mestre é ouvido, quando profliga a exegese da regra brasileira da superveniência, do art. 462, CPC de 1973, vinculada apenas às situações excepcionais abrangidas pelo art. 303, I, do Código Buzaid, porque não possibilitaria o necessário equilíbrio das partes: o art. 493 e seu § Ún., o CPC de 2015 inclui, no fenômeno da superveniência, a possibilidade de o juiz atender à provocação, indo além da matéria cognoscível *ex officio*.

O objeto do processo não pode ser menor que o que impõe a norma fundamental do art. 4º, do CPC de 2015, da solução integral da lide, determinante do justo processo legal, assinalado na Exposição de Motivos do NCPC, sob referência a Dinamarco: *o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo*.

Prossigamos: justiça é a correspondência da regra concreta ao fato. Daí que, no complexo (com + plexo) da narrativa factual, a interseção entre ação e exceção<sup>55</sup> supõe, para o processo justo, um outro objeto, do qual iremos falar a seguir.

## 7. OBJETO ARGUMENTATIVO

Vem à baila a reprimenda de Attardi<sup>56</sup> ao pioneiro verbete em que Satta<sup>57</sup> enfocou o mérito abrangente do pedido e da defesa. Ao equívoco fundamental, que o crítico apontava, de se fazer confusão entre *oggetto del giudizio* e *oggetto di giudizio*, poder-se-ia redarguir que a sugerida distinção a nada mais serviria que o atávico preconceito de se tratar decisão incidente, invariavelmente, como *incidenter tantum*.

Hoje, pelo contrário, a exigência de que o julgador (em todos os níveis) enfrente os argumentos relevantes, posta pelo inciso IV, do §1º, do art. 489, NCPC, impõe a ampliação do tema objetivo da causa, porque a “força de lei” recobre a *ratio decidendi*, em resultado da associação entre *causa petendi* e *causa excipiendi*.

---

*jurídicos estão ligados por relação de causa e efeito* (cf. CARNELUTTI, Francesco – *Teoria generale del diritto*, cit., p. 423 e ss.).

<sup>55</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio – **Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione**. In *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1972, p. 74.

<sup>56</sup> ATTARDI, Aldo – **Efficacia giuridica degli atti di stato civile**. apud DENTI, Vittorio, *Questioni pregiudiziali*, cit., p. 677.

<sup>57</sup> SATTA, Salvatore – **Accertamento incidentale**. cit., p. 244.

Nula por falta de fundamentação (art. 11), a sentença não se considera fundamentada se proferida sem que confrontados todos os argumentos deduzidos (ou não, conforme decorre do art. 10) no processo, hábeis a infirmar a solução. Eis a consequência do art. 489, §1º, IV, aí incluídos os fundamentos deduzidos *ex officio*. Dir-se-á que, no CPC de 2015, questão não é mais apenas o ponto controvertido. Também o é a dúvida posta pelo juiz ante os argumentos das partes, o ponto controvertível (de fato ou de direito) – já que os tenha de enfrentar, tanto quanto os deduzidos pelas partes.

Ganham influência, portanto, os pontos em si, a dúvida, questão instrumental, que se supõe (sub + põe) à questão substancial, fruto do choque de argumentos deduzidos. Cuida-se do ponto duvidoso – antelóquio e justificativa das *questões* legalmente ditas *complexas de fato e de direito*. Com + plexos. Um plexo de argumentos (diga-se, de fatos-argumentos).

Não deem as partes a conhecer os meios para a atuação das regras invocadas, apenas narrando, cada uma a seu modo, as situações de exigibilidade contrapostas em juízos analíticos (predicado ínsito), dá-se que para o juiz passar ao juízo sintético servir-se-á da aquisição processual, no saneamento. Resolverá as questões complexas, com o perquirir a geratriz da eficiência do(s) respectivo(s) suporte(s) fático(s).

Progressiva ou regressivamente, os debates em audiência de cooperação evidenciam os defeitos do ato ou fato declinado. Em uma palavra, negocia-se: sobre a **eficiência** do suporte fático contido na alegação. O caráter instrumental – para efeito não em si – explica o espectro da audiência de saneamento em cooperação, do §3º, do art. 357, do CPC vigente. Nela se decide a partir dos argumentos, de modo que a identificação dos pontos de fato e de direito se faça sobre as resultantes argumentativas.

A **admissibilidade** das questões de fato e de direito, este o objeto argumentativo, necessário à fixação das questões de mérito, permite, em última análise, o encontro do vínculo jurídico – que dita a imperatividade do direito aplicável.

Antecedente da solução de mérito, o negócio sobre o processo, em derrogação de regras processuais, dá-se com a reabertura do contraditório, em flexibilização das preclusões da fase postulatória. É o

que, pelo processo, pode revelar a superveniência de alegações: a descoberta do iter de formação do ato ou fato jurídico compreendido na *causa petendi* ou na *causa excipiendi*.

Negocia-se a complexidade argumentativa, antes que os pontos controvertidos (questões), já que nem mesmo os pontos (afirmações unilaterais de fato ou de direito) serão sempre unilateralmente pré-determinados. Os defeitos do ato ou fato jurídico alegado, indicativos de possível ocorrência de ato ou fato jurídico outro, eis o tema instrumental à **admissibilidade** das declarações recíprocas, reconstruída a **eficiência** da *causa excipiendi* ou da *causa petendi* – ou construídas as recíprocas alterações.

Já que *todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito*<sup>58</sup>, falamos do ato processual postulatório inválido: a audiência de saneamento em cooperação instaura o debate sobre os defeitos da *causa petendi* e da *causa excipiendi* – atendida a máxima de que *a validade do ato deve ser examinada contemporaneamente a sua formação*<sup>59</sup>. Cuidamos aqui da validade processual e o saneamento em cooperação desenvolve o que se poderia chamar de Teoria pura do processo, a de legitimidade das alegações. A prova, fase que se lhes segue, esta é instituto já pertencente não só ao processo, mas também ao direito material.

Negocia-se, não sobre a existência ou a eficácia dos fatos jurídicos (em que se transfunde a fixação dos pontos controvertidos de fato e de direito). O negócio processual se dá sobre as **alegações**, enquanto tais – antes que se fixe (processualmente, porque perante a defesa) o estado do pedido. O negócio de saneamento prepara a possibilidade de elevação de algum dos fundamentos a questões principais, tema resultante da ampliação do contraditório.

Há que perquirir, portanto, entre os fundamentos dos atos postulatórios, a matéria complexa de fato ou de direito (e configura matéria de direito a relevância jurídica dos fatos), já que um fato jurídico é resultante de fatos simples (fatos-argumentos), por vezes contrapostos<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie – **Curso de direito processual civil**. vol. I, 18<sup>a</sup>. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 405.

<sup>59</sup> DIDIER JR., Fredie – idem-idem, *ibidem*.

<sup>60</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – *Coisa julgada*, cit., pp. 2, 160.

Necessária (e conveniente), a audiência de cooperação determina se o fato simples é unívoco (para a fixação do fato jurídico), sabido que o vínculo jurídico inequívoco é que dita a imperatividade<sup>61</sup>.

Aliás, Cunha Campos<sup>62</sup> aduz que a causa de pedir é razão, inadmissível a dicotomia razões de fato/razões de direito. Realmente é de se lembrar, desde a trama da tragédia grega, que a razão é o elemento motor na apreciação dos fatos e, por isso, hábil a promover grande salto cognitivo<sup>63</sup>.

Cabe, neste passo, lembrar Alcides de Mendonça Lima<sup>64</sup>, que com grande anterioridade pôde referir-se à figura de um incidente de saneamento sob possível audiência para debate do fato. Dizia o grande processualista gaúcho que o juiz não poderia passar da fase postulatória para a fase decisória – tendo de abrir um incidente com a ouvida do autor em audiência – na qual somente haveria debates e sentença sobre o fato e, não, sobre o pedido.

O CPC de 2015 revela não ser a norma jurídica mais o único objeto da interpretação judicial, tanto que, antes de aplicar a lei, deve o juiz atribuir sentido ao litígio em face das peculiaridades da espécie<sup>65</sup>, o que aprofunda a dimensão argumentativa. Daí, que o sistema de saneamento resulte em deduções em audiência.

Antes que a distribuição do ônus da prova, a concentração em audiência de saneamento permite o tratamento do ônus das alegações (visceralmente matéria de processo), distribuído sob a direção do juiz<sup>66</sup>. Não se trata de obter a autocomposição, com que se poderia

---

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da – **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª. ed., 2ª, tiragem, p. 75 e passim.

<sup>62</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – *Causa de pedir* (verbetes), cit., pp. 77,80,81.

<sup>63</sup> CASTRO NEVES, José Roberto de – **A invenção do direito**. Rio: Ed. De Janeiro, 2015, p. 157.

<sup>64</sup> MENDONÇA LIMA, Alcides de – **As providências preliminares no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973**. In Revista de Processo, São Paulo: RT, vol. 1, 1976, n. 30, p. 38).

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et alii – **Curso de processo civil**. vol. 2, 3ª. ed., São Paulo: RT, 2017, p. 470-471

<sup>66</sup> Cf CARMONA, Carlos Alberto – **O novo CPC e o juiz hiperativo**. In *O novo CPC. Questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 68.

revelar falsamente dialético e falsamente integrativo o objeto negociado, que, puramente processual, não versa direito disponível.

Retoma-se aqui a preciosa lição de Tito Carnacini<sup>67</sup>: **se a avocação pelo Estado da tarefa de administrar justiça não causou a abolição do direito subjetivo**, a ninguém estranha que o legislador, como o nosso de 2015, **coordene o respeito** à iniciativa da parte **com a possibilidade, para o juiz, de indagar para o fim de reconstruir do melhor modo os fatos da causa.**

Ao objeto argumentativo, puramente instrumental, aplica-se a categoria vislumbrada por Attardi, acima citado, do *oggetto di giudizio*, por contraposição ao *oggetto del giudizio*.

Seria, afinal, de se acrescentar, com Cunha Campos<sup>68</sup> (ampliamos às questões principais o que o Mestre diz para as prejudiciais): “o que não produz coisa julgada (e, portanto, não é de mérito) é a decisão sobre a admissibilidade da questão, típica questão processual – diversa da decisão sobre a questão”.

A expressão *questão complexa de fato ou de direito*, do art. 357, §3º, como corolário do art. 489, §1º, IV, ambos do CPC de 2015, e indicadora da possibilidade de réplica ou tréplica<sup>69</sup>, pode reclamar a injunção do réu à dedução de uma *exceptio* – no justo processo legal – e, em simetria, a injunção do autor à alegação de fato excludente da exceção.

O que destaca o CPC de 2015 perante os anteriores é a excelência da cognição, que se completa, após a *causa petendi* possivelmente ampliada, reduzida ou redirecionada. Como dissemos linhas antes, nos limites da efetividade do contraditório, portanto no procedimento comum e nos especiais.

São, já, clássicos os casos de discussão decorrente da inversão do ônus da prova, para adequar a extensão da inversão. Desta pode ser subtraído, por exemplo, o ônus de provar a exclusividade de abastecimento, pretense fato constitutivo do direito de indenização por defeito

<sup>67</sup> CARNACINI, Tito – **Tutela giurisdizionale e técnica del processo**. In *Studi in onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milano: Giuffrè, 1951, p.p 743, 761-2.

<sup>68</sup> CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites objetivos**. cit., p. 166.

<sup>69</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues – idem-idem, p. 160.

do produto, combustível contaminado por água, tido como causador de danos nos bicos injetores de veículo. Dela pode ser subtraído o ônus de provar o fornecimento insuficiente do material, pretendo fato constitutivo do direito da construtora à reparação e que, no entanto, poderia conduzir a prova diabólica, dado que a aplicação na obra seria mais fácil a quem coordenou a construção, do que à fornecedora.

Advirta-se que a liberdade probatória atina não só com a eleição dos meios, mas também com o objeto, autorizadas as partes a desdobrar em inferências fáticas, as postulações, no que tange à causa mediata, vale dizer, em *investigação de todos os fatos que possam influir na decisão final*<sup>70</sup>. Confirma-se, pois, a necessidade do controle do juiz sobre as alegações, para a atividade de saneamento.

Outra não é também a ampliação do espectro das questões de direito, para a definição jurídica da *actio* e da *exceptio*, a levar ao exame da tese, se de erro, dolo ou lesão. Ademais, a iniciativa probatória do juiz pode recair, sob *praesumptio hominis*, em fato dedutível dos afirmados ou circunstâncias destes. E que o seja sem surpresa (art. 10, do CPC de 2015).

Remanesce a convicção jusromanista de que *o problema da relevância dos fatos, em face de uma dada controvérsia, é sempre uma 'quaestio iuris'*<sup>71</sup>, pelo que o juiz, atento aos fatos *argumentos* (pena de nulidade da sentença), ainda que em hipótese alguma possa modificar a *causa petendi* – pode destruir a intenção de algum dos litigantes<sup>72</sup>.

Se o restabelecimento da eficácia de um fato jurídico depende da devolução (processual) de eficácia a outro fato, não se confundem alegações e fatos. Convenceu-se disso, afinal, o legislador de processo, distinguindo-os mediante juízo sobre os argumentos.

Nem poderia dispensar tal rigor conceitual, a jurisdição dos precedentes – de igual técnica à dos Arts. 10 e 489, do CPC de 2015,

<sup>70</sup> AHRENDTS, Ney da Gama – **Prova no processo civil**. In *Digesto de processo*, Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 12.

<sup>71</sup> CASTRO, Torquato – **Causalidade jurídica no direito romano. O título na linguagem jurídica dos romanos: 'legitimatío', 'causa', 'titulus'**, In *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, vol. 27/ 1984, p. 12.

<sup>72</sup> GUIMARÃES, Mário – **O juiz e a função jurisdicional**. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 314-315.

consoante expressa remissão pelo art. 927, §1º, do mesmo Código. Em busca de razões de *distinguishing*, o objeto do processo se revela das circunstâncias que tornem os casos assemelhados.

Por outro lado, o objeto argumentativo conduz à concordância de elementos da *ratio decidendi* e assim revela o vínculo imperativo, *ex vi* do referido art. 927, §1º, do CPC de 2015, para formação e aplicação dos precedentes. Reitere-se: a essência do sistema do CPC de 2015 prossegue a inequívocidade (univocidade) do fato jurídico, a partir da técnica do juízo de relevância (de que tratam os referidos Arts. 10 e 489).

## 8. CONCLUSÃO

Tudo leva a crer que o objeto do processo, quer o substancial, quer o instrumental (dito argumentativo), se extraia das relações entre a ação e a exceção, com as quais se estabelece, afinal, o estado do pedido, pluralizado sob iniciativa de ambas as partes.

Parafraseando o Mestre que, ora, homenageamos, a reconstrução dos fatos jurídicos empreendida pelo processo, além dos fatos constitutivos, abrange os fatos impeditivos, extintivos ou suspensivos, tais as exceções substanciais (e as objeções substanciais) – questões prejudiciais equiparadas a principais e transpostas, sob a contestação ou a cooperação, ao âmbito da coisa julgada.

O CPC vigente serve, portanto, a dois efeitos sobre o julgamento de mérito: a ampliação objetiva, ante as possibilidades da regra legal direta do § 1º, do art. 503; a equiparação sistemática dos precedentes a **vínculo juspositivo**, tal a remissão sistemática contida no § 1º, do art. 927, do CPC de 2015. Um e outro efeito, sob a técnica estruturada nos Arts. 10 e 489, do CPC de 2015.

Assinale-se, então, a partir das possibilidades reveladas pelo renomado processualista mineiro, a conjugação *civil law/common law*, ousadamente criada pelo legislador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHRENDTS, Ney da Gama – **Prova no processo civil.** (verbete) In *Digesto de processo*, Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ARRUDA ALVIM, Thereza Celina de – **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada.** São Paulo: RT, 1977.

ATTARDI, Aldo – **Efficacia giuridica degli atti di stato civile.** apud DENTI, Vittorio, *Questioni pregiudiziali* (verbete) In *Novissimo digesto italiano*, Vol. XIV, Torino: UTET, 1967.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo – **Ação de imissão de posse.** 3ª. ed., São Paulo: RT, 2001. - *Reivindicação e sentença condenatória*, In *Sentença e coisa julgada*,

Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 19 .

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

BOLLAFFI, Renzo – **L'eccezione nel diritto sostanziale.** Milano: Soc. Ed. Libreria, 1936.

BUZAID, Alfredo – **Agravo de petição.** São Paulo: Saraiva, 1956.

CALAMANDREI, Piero – **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti.** In *Rivista di diritto processuale civile*, vol. 5, Padova: CEDAM, 1928.- *Istituzioni di diritto processuale civile*, In *Opere Giuridiche*, Vol. IV, Napoli: Morano, 1965.

CARDINALI, Stefano – **Commento giurisprudenziale critico.** In NICOLETTI, Carlo Alberto – *Profili istituzionali del processo civile*, 2a. ediz., Milano: Giuffrè, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto – **O novo CPC e o juiz hiperativo.** In *Questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015.

CARNACINI, Tito – **Tutela giurisdizionale e tecnica del processo.** In *Studi in onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco – **Lezioni di diritto processuale civile.** vol. IV, Padova: CEDAM, 1986. - *Sistema del diritto processuale civile*, Vol. II, Padova: CEDAM, 1938. - *Istituzioni del processo civile italiano*, Vol. I, 5ª. ediz., Roma: Foro Italiano, 1956. - *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1940.

CARVALHO SANTOS, J. M. – **Código de processo civil interpretado.** 5ª. ed., vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CASTRO, Torquato – **Causalidade jurídica no direito romano. O título na linguagem jurídica dos romanos: ‘legitimatío’, ‘causa’, ‘titulus’**, In *Revista de direito civil*, São Paulo: RT, n. 27/1984.

CASTRO NEVES, José Roberto de - **A invenção do direito**. Rio: Ed. De Janeiro, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe – **Istituzioni di diritto processuale civile**. vol. I, Napoli: Jovene, 1957.

COLESANTI, Vittorio – **Eccezione (verbete)**. In *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Milano: Giuffrè, 1965.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo – **Limites objetivos da coisa julgada**. 2a. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1988.- *Causa de pedir (verbete)* In *Digesto de processo*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1982. - *Execução fiscal e embargos do devedor*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DENTI, Vittorio – **Questioni pregiudiziali (verbete)** In *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, Torino: UTET, 1967.

DIDIER JR., Fredie – **Curso de direito processual civil**. vol. I, 18ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado – **Ação declaratória incidental**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GALLOTTI, Maria Isabel – **A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos**. In *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 170, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini – **Ação declaratória incidental**. São Paulo: EDUSP/RT, 1972.

GUIMARÃES, Mário – **O juiz e a função jurisdicional**. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LACERDA, Galeno – **As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil**. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 246/1974.

LIEBMAN, Enrico Tullio – **O despacho saneador e o julgamento de mérito**. In *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1976. - *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, In *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme et alii – **Curso de direito processual civil**. vol. 2, 3ª. ed., São Paulo: RT, 2017.

MENCHINI, Sergio – **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987.

MENDONÇA LIMA, Allcides de – **As providências preliminares no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973**. In *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 1/1976.

NICOLETTI, Carlo Alberto – **Profili istituzionali del processo civile**. 2ª. ediz., Milano: Giuffrè, 2003.

PROVINCIALI, Renzo – **Il giudizio di rinvio**. Padova: CEDAM, 1936.

PUNZI, Carmine e SATTA, Salvatore – **Diritto processuale civile**. 11ª. ed., Padova, CEDAM, 1992.

SATTA, Salvatore – **Accertamento incidentale (verbete)**. In *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1958. – e PUNZI, Carmine – **Diritto processuale civile**. 11ª. ed., Padova: CEDAM 1992.

SILVA, José Afonso da – **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª. ed., 2ª. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012.

TARUFFO, Michele – **Collateral estoppel e giudicato sulle questioni**. In *Rivista di diritto processuale civile*, Padova: CEDAM, 1972.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues – **Coisa julgada. Limites e ampliação objetiva e subjetiva**, Salvador: JusPodivm, 2015. - *Da ação cível*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



# 5

## O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A COLISÃO ENTRE NORMAS (ART. 489, INCISOS E §§ DO CPC/2015)

(THE GROUNDS OF DUTY OF JUDGMENTS AND  
THE COLLISION BETWEEN STANDARDS:  
ART. 489, SECTIONS E §§ CPC/2015.)

**José Maria dos Reis<sup>1</sup>**

**Francis Vanine de Andrade Reis<sup>2</sup>**

**Fabrcio Lancleder de Andrade Reis<sup>3</sup>**

### RESUMO

Este pequeno ensaio é a demonstração de certa inquietude nascida em razão das novidades que o CPC/2015 traz, talvez num despertar

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito aposentado perante o TJMG e Professor Universitário de Direito Processual Civil. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho e em Direito Processual Civil pela FADOM. Diretor da 7ª Seccional da AMAGIS. Advogado.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Empresarial pela FADOM e Mestre em Direito Processual pela PUCMinas. Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras – Divinópolis e da Pós-Graduação em Direito da FAPAM. Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da AACO-MG (Associação dos Advogados do Centro Oeste de Minas). Advogado.

<sup>3</sup> Acadêmico do 9º período do curso de Direito da FEOL. Administrador do Hospital Nossa Senhora do Carmo em Carmópolis de Minas. Fisioterapeuta com especialidade em Ortopedia Esportiva pela UFMG.

em busca de uma melhor compreensão no deflagrar de um Código de Processo Civil inovador em que busca mostrar a realidade dos autos de maneira que o jurisdicionado possa perceber na decisão judicial que seus direitos fundamentais foram respeitados. O espaço procedimental deve desenvolver-se de maneira tal que a informação, a oportunidade de manifestação e o direito de ver os argumentos jurídicos apresentados pelas partes durante o procedimento sejam considerados no provimento judicial como regra a garantir a validade do mesmo. Na interpretação das normas e dos princípios (atividade de conhecimento) prevalece, portanto, a razoabilidade.

**Palavras-chave:** contraditório substancial, coparticipação, direitos fundamentais, interlocução ativa, decisão legítima.

### ABSTRACT

This short essay is to demonstrate some anxiety born because of the news that the CPC/2015 brings perhaps a wake in search of a better understanding at the outbreak of an innovative Procedure Code which seeks to show the reality of the case so that the claimants to perceive the court ruling that their fundamental rights were respected. Procedural space should be developed in such a way that the information, the manifestation of opportunity and the right to see the legal arguments presented by the parties during the procedure are considered in the Court decision as a rule to ensure validity. In the interpretation of the rules and principles (knowledge of activity) prevails therefore reasonableness.

**Keywords:** substantial contradictory, co-participation, fundamental rights, active dialogue, legitimate decision.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Evolução da função de julgar: dos tempos primórdios à atualidade nas regras do CPC/2015. 3. Da colisão entre normas e da conjugação de todos os elementos em conformidade com o princípio da boa-fé (§§ 2º e 3º, do art. 489). 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973, hoje revogado, veio, ao longo do tempo, passando por reformas e, foram tantas, que surgiu a necessidade de um diploma novo, isto em razão do clamor social em busca da resolução dos conflitos de maneira mais rápida e eficaz. Em cada tempo surge uma obra de adaptação porque ele, o tempo, é fator essencial nas relações humanas e, de consequência, nas pretensões jurídicas.

E é em razão disso que o intérprete sempre está preocupado e se orientando em busca de novas interpretações, nova visão sobre este ou aquele instituto jurídico.

Ora, o presente trabalho não tem outra pretensão a não ser o despertar de simples reflexões surgidas a partir da nova ordem, inaugurada pela Lei 13.105/2015, no Direito Processual Civil brasileiro, com atenção voltada para a aplicação dos direitos fundamentais, em obediência ao texto constitucional vigente, nas decisões judiciais.

Inicialmente, apresentar-se-á um olhar sobre os tempos primórdios da função de julgar e, posteriormente, o que ocorre na atualidade, após a vigência do CPC/ 2015. A partir de então, surge uma atenção maior sobre a importância da interpretação daquilo que foi construído pelas partes durante o procedimento com a colaboração do julgador, a fim de que, até mesmo diante de uma colisão de normas e princípios, ela, a interpretação, tenha um resultado racional, no sentido de que o provimento judicial seja, realmente, o resultado de tudo que as partes construíram com a colaboração do juiz (órgão facilitador) durante o procedimento judicial.

## 2. EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO DE JULGAR: DOS TEMPOS PRIMÓRDIOS À ATUALIDADE NAS REGRAS DO CPC/2015.

A função de julgar vem evoluindo ao longo do tempo e, numa retrospectiva breve, desde os primórdios da civilização, pode-se registrar que a função era afeta ao ofendido, ao chefe de tribo, ao *pater familias* (vingança privada); aos sacerdotes (vingança sacra ou religiosa pela aplicação de penitências); aos reis (vingança pública ou monopólio do poder).

Em razão desses fatos históricos de julgamentos, por muito tempo houve juízes sem que houvesse Poder Judiciário, porque os juízes dependiam do soberano, os juízes serviam aos soberanos na mera aplicação de textos normativos impostos pelo soberano e as dúvidas eram levadas ao soberano.

Já, na Idade Moderna, a Justiça passou a ser orientada pelos princípios proclamados na Revolução Francesa, (ideias que mudaram o mundo com ascendências nos centros essenciais do pensamento humano – Séculos XVII e XVIII), a saber: a soberania encarnada pela nação da qual todo governante não passa de mandatário; a lei torna-se expressão da vontade geral; o respeito à ordem legal fica assegurado pela separação dos poderes; proclama-se o direito de resistência à opressão; reconhece-se o direito de propriedade e de segurança, o direito natural do cidadão, o direito da igualdade e da liberdade; e, sobre a divisão dos poderes políticos do Estado (legislativo, executivo e judiciário), estes, tornaram-se independentes e harmônicos entre si. Surgiu no Direito Penal, v.g., os princípios *nullum crimen, nula poena sine lege* e *nullum crimen sine iudicium*.

A Justiça, portanto, vem passando ao longo da história por vários momentos de visão da realidade, com evoluções institucionais, com estudos de suas experiências, com quebras de paradigmas, na busca de novas expectativas positivas sempre tendo como meta o bem-estar, o bem viver coletivo ou social. A paz social consiste ao longo de toda a história em pensamento vital nas regras para a solução de conflitos de interesses. No passado, a prestação jurisdicional tinha cor de tarefa divina e os homens que desempenhavam a função de julgar (juízes) eram chamados de *Príncipes da Terra*.

Ora, no momento atual, percebe-se que se tornou impossível discutir “processo” sem aventar Direito Fundamental Constitucionalizado. É que o Processo<sup>4</sup>, na verdade, com a promulgação da CF/1988 foi elevado à categoria de verdadeira Instituição Jurídica, em que devem ser respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do juiz natural, da legalidade, do acesso à Justiça, da razoável

---

<sup>4</sup> Aqui a palavra é grafada com letra maiúscula para representar uma das instituições fundamentais do Estado brasileiro, conforme sugestão de Rosemiro Pereira Leal (2003).

duração do processo, da fundamentação das decisões judiciais, princípios estes formadores do que a CF/1988 deu o nome de *devido processo legal*<sup>5</sup>. E como toda Instituição Jurídica baseia-se num conjunto de princípios que se unificam para explicá-la e aplicá-la, aí estão os que devem sustentar o ‘processo’ judicial e, hoje, materializados no CPC/2015 (LEAL, 2003, p.260).

A decisão judicial no tempo atual tem a função de fazer com que o jurisdicionado possa perceber que seus direitos fundamentais previstos constitucionalmente foram observados e que o processo não é apenas um sistema procedimental. Muito mais do que isto, ele é um espaço discursivo que exige do julgador atenção sobre o que as partes construíram durante o procedimento, a fim de que as garantias fundamentais dele, previstas na CF/1988, sejam perfeitamente visualizadas pelos atores do procedimento e dentre eles, os mais interessados, que são os jurisdicionados, ou seja, a denominada ‘comunidade de trabalho’ (THEODORO JÚNIOR *et all*, 2015, p.69).

O jurisdicionado tem que ter a oportunidade de perceber na decisão judicial uma conexão com a garantia de um processo democrático e isto porque a CF/1988 já traz logo em seu art. 1º, respeito ao Estado de Direito Democrático que é regido pelos Princípios da Legalidade e da Supremacia Constitucional.

A decisão judicial, então, passa a ser o resultado daquilo que as partes construíram, democraticamente, com a colaboração do julgador (art. 6º, do CPC/2015), durante o procedimento legal. Veja-se que o *iter procedimental*, no CPC/2015, deixa de ser o mero encadeamento de atos visando convencer (ou seja, vencer com) o julgador, por técnicas de retórica, para se tornar um espaço discursivo democrático, em que o esclarecimento é o maior objetivo, já que se busca a solução racional (portanto, pacífica) para o conflito. Daí é que o julgador não

---

<sup>5</sup> Destaca-se que, segundo Rosemiro Pereira Leal (2003), os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia são institutivos do Processo, visto que são os balizadores do conteúdo do postulado do devido processo legal, ou seja, são as diretrizes mínimas para a construção do conceito de Processo na Democracia. Os demais princípios, por outro lado, são informativos, visto que decorrentes dos supracitados e que tem função, junto com as regras de sua aplicação concreta, de densificação de seu significado.

cria mais o conteúdo de sua decisão de maneira solitária e por uma escolha subjetiva de quem tem razão com base em seus critérios pessoais de Justiça, porquanto a decisão judicial só poderá ser construída diante das provas e dos argumentos trazidos e discutidos pelas partes durante o procedimento, pena de nulidade dela.

É evidente, no entanto, que a redação da decisão judicial é de competência única e exclusiva do julgador. Entretanto, deverá ocorrer uma conexão lógica entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo (ideia de conexão positiva de sentido, ou seja, uma verdadeira congruência), os quais não podem ser construídos com desprezo a todo o trabalho instrutório e argumentativo realizado durante o procedimento. Veja-se que o juiz está vinculado e tem dever funcional de analisar todo o trabalho de argumentação e demonstração realizado pelas partes no processo, sob pena de macular sua decisão com o vício de nulidade por ausência de fundamentação exauriente (art. 489, §1º, IV do CPC/2015 e art. 93, IX, da CF/1988).

A propósito de uma conceituação de congruência, Ronaldo Dworkin, citado por Fredie Didier Júnior (2015), escreveu que ela é a construção do Direito como se fosse um romance em cadeia em que o julgador escreve um capítulo, mas não deixa de dialogar com o capítulo anterior. Veja-se que, mesmo que esta ideia tenha sido cunhada para respeito aos precedentes judiciais, ela pode, perfeitamente, ser expandida para a aplicação da vinculação do julgador a todos os capítulos da história construídos durante o *iter procedimental* (Didier Jr., 2015, p.275-277).

Em colaboração às regras do CPC/2015, citação feita na obra, “Desvendando o Novo CPC”, organizada por Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim, Ed. 2017, 3ª Ed., Livraria do Advogado, Teresa Arruda Alvim Wambier, em suas reflexões sobre as peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, disse o seguinte:

Não se trata, em absoluto, de exigir que o juiz ou o Tribunal respondam a um ‘questionário’. Trata-se, isto sim, de mostrar ao juiz o seu dever, que é o de OUVIR as partes, o que deve demonstrar ter feito na fundamentação da sentença. São os contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório e nada mais. O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido

de terem a oportunidade de afirmar e demonstrar o direito que alegam ter. Elas têm o direito de ser ouvidas! De fato, o contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial, que assista ao diálogo entre as partes (alegações+provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ver consideradas as suas alegações, ainda que estas não sejam acolhidas, se se tratar de alegações que poderiam ter levado a uma decisão diferente daquela que foi proferida. (RIBEIRO/JOBIN, 2017, p.289)

Em razão disso, o jurisdicionado passa a perceber que a decisão judicial não é autoritária ou subjetiva. A Teoria Discursiva na democracia toma conta do espaço procedimental porque passa a ser base da fundamentação jurídica da decisão judicial, conforme se percebe da leitura que se faz dos primeiros dispositivos do CPC/2015. O legislador percebeu que o procedimento legal não pode fugir do discurso apresentado pelas partes de maneira coparticipativa em busca de uma decisão judicial que tenha por base de sustentação aquilo que foi, realmente, construído por elas durante o procedimento em ambiente extremamente democrático e com a colaboração do julgador (art. 6º, do CPC/2015).

O legislador atual trouxe a ideia da imposição de um controle crítico da decisão judicial, através da construção da obrigação de uma fundamentação exauriente (NEVES, 2015) e estruturada (THEODORO JÚNIOR *et all*, 2015). Veja-se que é através da fundamentação, ou seja, da exposição das razões pelas quais o julgador acolheu ou rejeitou a pretensão, a partir dos argumentos expostos e demonstrados, que a função jurisdicional legitima-se, já que a escolha subjetiva dos julgadores não possui qualquer participação popular. Aqui se explicita que o julgador, na positividade inaugurada pela CF/1988 e aberta pelo CPC/2015, deixou de ser apenas agente político (autoridade judicial), para assumir um papel, também, de servidor público que deve resolver os conflitos, seja pela conciliação/mediação, seja pelo convencimento das partes da racionalidade da escolha da melhor solução para o caso que lhe foi apresentado.

Não é demais frisar: numa demonstração de inequivocidade (ausência de ambiguidade, de clareza, portanto) das razões que levaram o julgador a decidir desta ou daquela maneira, ele deve explicitar porque

acolheu este ou aquele argumento jurídico apresentado pela parte em razão do dever que tem de pacificar do conflito pelo esclarecimento.

A ideia de que o juiz não estaria obrigado rebater item por item nos argumentos jurídicos da parte não foi contemplada no CPC/2015 que acabou instituindo uma conexão entre o contraditório e o dever de fundamentar as decisões judiciais, no que Luiz Guilherme Marinoni (2015) trata como requisito de completude da fundamentação.

A propósito, escreveu Luiz Henrique Volpe Camargo, na obra NOVO CPC/ANALISE DOCTRINÁRIA:

E, como visto na parte introdutória deste trabalho, no âmbito do Poder Judiciário construiu-se o entendimento de que o julgador teria a liberdade para escolher o que decide e o que ignora, pois, não estaria obrigado a rebater item por item os argumentos da parte recorrente caso seu *decisum* esteja suficientemente fundamentado, de modo a por termo às controvérsias suscitadas na lide. O CPC/2015 desconstrói completamente esta (equivocada) compreensão, na perspectiva de que nada adiantaria assegurar o contraditório substancial – como faz -, sem exigir que o que as partes dizem seja séria e detidamente, avaliado e considerado na decisão judicial (CAMARGO, vol. I, 2016, p.37/38).

Tereza Arruda Alvim Wambier registrou, também, o seguinte:

A exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, hoje em dia, responde a duas necessidades. Uma delas é prestar contas à sociedade, nos Estados de Direito. Esta necessidade absorve a possível subjetividade da decisão e é um meio de se evitar a arbitrariedade. A outra é técnica: possibilita-se que da decisão se recorra. No recurso, ataca-se justamente a fundamentação. (RIBEIRO/JOBIN, 2017, p.283)

Na vigência do sistema processual de 1973, e assim foram decisões de nossos Tribunais, a compreensão que se tinha chegado é de que, quando o julgador acolhesse um dos fundamentos do autor ou do demandado, ficaria dispensado para o exame das demais alegações, não mais subsiste. A ideia era de que o juiz buscava um temperamento útil para o caso com base nas questões que ele, julgador, compreendia relevantes, considerando que as demais foram, para ele, da menor importância para sua decisão e assim, sequer, fazia qualquer referência a elas (ideia de falta de esclarecimento ao jurisdicionado).

A propósito, o professor Cândido Rangel Dinamarco (2004), mesmo antes da vigência do CPC/2015, com visão hodierna, acabou por lecionar o seguinte:

Os Tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes, no tocante ao grau de pormenorizações a que deve chegar a motivação da sentença, fazendo a distinção entre as sentenças *mal motivada e a não-motivada*. Toleram-se eventuais omissões e fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa; não se toleram, contudo, omissões quanto ao essencial, sendo nula a sentença que deixe de se pronunciar sobre pontos que, se tivessem sido levados em consideração, poderiam ter conduzido o juiz a decidir de modo diferente. O dever de motivar é dimensionado, em cada caso concreto, em face das questões debatidas na instrução da causa e do grau de relevância de cada uma delas para a solução final. É sempre indispensável que o juiz faça, na motivação da sentença: (a) a interpretação das normas aplicadas; (b) o exame dos fatos e das provas; (c) a qualificação jurídica do conjunto dos fatos alegados e provados (*fattispecie*) e (d) a declaração das consequências jurídicas dos fatos que o juiz reconhece como ocorridos. Tal é a regra da *inteireza da motivação* (Michele Tarufo), que exige explicitude do juiz sobre todos os pontos relevantes e coerência entre os fundamentos e a conclusão (DINAMARCO, 2004, p.661-662).

O CPC/2015 atento a essas reflexões regulamenta que em grau de recurso para o segundo grau de jurisdição da decisão primeva, por exemplo, por força dos efeitos devolutivo e translativo dos recursos, o juízo *ad quem* terá que examinar todas as questões e todas as razões expostas pelas partes durante o procedimento (art. 1013, §2º). Portanto, o atual CPC não mais permite que haja decisão judicial sem análise de todas as questões, de todas as alegações e fundamentos que as partes trouxeram para os autos durante a formação da estrutura espacio-temporal do procedimento (art. 489, § 1º).

Daí é que, de certa forma não cabe mais decisão-modelo (a popular “chapinha”), porque o julgador terá que enfrentar todos os argumentos jurídicos trazidos para os autos por qualquer das partes. Fica evidenciado que não haverá um critério objetivo de fundamentação como regra (porque deve ser considerado o caso em julgamento), visto

que na decisão judicial será preciso que haja clareza suficiente para mostrar ao jurisdicionado sua razão ou falta de razão. É que, na verdade, motivação não se confunde com fundamentação. Aquela é de natureza subjetiva do magistrado, mas esta última é de justificativa racional do julgador (artigo 489, § 1º e seus incisos do CPC/2015).

A transcrição do texto da Lei (§ 1º do art. 489 do CPC/2015) não estará observada se ela não estiver em sintonia com os fatos e fundamentos da causa, exigindo-se, portanto, do magistrado, a indicação das razões de fato e de direito que deram ensejo ao provimento judicial.

De outro lado, conceitos jurídicos indeterminados (§ 1º, II do art. 489) que, segundo Nelson Nery Júnior (2015) seria melhor defini-los como “conceitos legais”, porque a indeterminação deve estar na norma e não em sua forma, traz a ideia de que não haverá mais espaço para conceitos indeterminados como, por exemplo, ‘boa-fé’; ‘má-fé’; ‘justo título’; ‘duração razoável do processo’; ‘economia processual’; ‘função social’, e tantos outros, sem que fique esclarecido o seu conteúdo e sua concretude ao caso em julgamento. Se isto não ocorre, segundo o CPC/2015, a decisão é desfundamentada. É claro que isto, também, prevalece para as partes, já que todos os participantes do procedimento devem colaborar com a decisão judicial (NERY JUNIOR, 2015, p.495).

Portanto, o não enfrentamento de todos os argumentos jurídicos apresentados pelas partes nos autos durante o procedimento, argumentos capazes de infirmar uma conclusão lógica para decidir, enseja em nulidade do provimento judicial e assim não prevalece mais a ideia de que o juiz não esteja obrigado a pronunciar-se sobre todos os argumentos propostos pelas partes (§ 1º, IV do art. 489, c/c arts. 9º, 10 e 11 do CPC), prevalecendo, até mesmo, o brocardo latino, muito antigo: *quod non este in acti non este in mundo*, no sentido de que, o que não está nos autos não poderá estar no mundo da decisão judicial, mas, em via contrária, tudo que estiver nos autos deverá fazer parte do provimento judicial.

O inciso V, v.g, do § 1º do art. 489 do CPC mostra o conceito de que não se confunde decisão sucinta com decisão deficiente, aquela decisão que não se adéqua à pretensão das partes, acolhida

ou rejeitada, ou até mesmo contraditória. Luiz Guilherme Marinoni (2015) disse que “fundamentação constitui, antes de qualquer coisa, a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar nesse ou naquele sentido determinado no caso concreto.” (MARINONI, 2015. p.492).

Aliás, se formos prestar atenção ao texto do CPC/1973, hoje revogado, em seu art. 458, III, a regra lá prevista era de que o juiz resolveria as questões, vale dizer então, todas as questões que as partes lhe submeteram para julgamento por força do artigo definido “as”, como já defendia Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2017) desde a década de 1990 (1994)<sup>6</sup>. Em razão disso, não há dúvida de que a regra já existia em nosso sistema processual desde o Código de 1973 e, agora, materializada no CPC/2015 para evitar interpretações distorcidas da realidade dos autos. Logo, a nova regra nem é tão nova assim, porque já existia no sistema anteriormente, como disse Teresa Arruda Alvim Wambier (RIBEIRO/JOBIN, 2017, p.286).

Numa redação mais clara, o CPC/2015 evidencia a influência que as partes têm na decisão judicial, por meio da informação para a oportunidade de manifestação, de debate, de conclusão dos argumentos relevantes para a causa (ideia de contraditório substancial). O legislador, no inciso V do art. 489 do CPC, trabalhou a exigência de que a súmula, o precedente, ou enunciado invocados pelas partes em busca de suas pretensões e, pelo julgador para demonstrar sua razão de decidir, deverão guardar aplicabilidade ao caso concreto, identificando as razões e os fundamentos determinantes da decisão, pena de nulidade do provimento judicial e, até mesmo, do indeferimento da petição inicial.

Veja-se, portanto, que isso também não é novidade em nosso sistema processual, considerando que, conforme art. 255, §1º, do Regimento Interno do STJ, nos casos de recurso especial baseado em dissídio pretoriano, cabe ao recorrente, em técnica de cotejo analítico, demonstrar a similitude fática do precedente divergente invocado ao seu caso concreto. A referida técnica, agora, simplesmente, foi expandida para toda citação de precedente, seja persuasivo, seja vinculante,

---

<sup>6</sup> No mesmo sentido em trabalho anterior da lavra de um dos coautores deste texto, conferir Reis (2008a e 2008b).

devendo o julgador explicitar os elementos fáticos de ambos que levam à aproximação entre o caso paradigma e o em julgamento.

É importante registrar, a propósito, que o disposto no art. 927 do CPC/2015, quando exige que o juiz observe os acórdãos, decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados e súmulas vinculantes, orientação do plenário, sem dar as razões da aplicabilidade ao caso em julgamento não pode ter natureza de regra absoluta, porquanto, diante do controle difuso de constitucionalidade, a inaplicabilidade poderá ser reconhecida diante do caso concreto, em primeiro grau de jurisdição, se houver elementos de distinção que possam afastar a *ratio decidendi* do precedente como fundamento do caso concreto, ou mesmo que o direito judiciário em questão já esteja até mesmo superado, seja por novo precedente, seja por alteração legislativa, por exemplo. Mas, veja-se: com base no princípio da inércia argumentativa, em havendo referida situação, o julgador deverá trabalhar seus fundamentos com redobrado cuidado e maior esforço argumentativo. É isto que o CPC/2015 está proclamando, salvo melhor juízo.

O legislador disse que é preciso que fiquem identificadas na decisão judicial as razões de pertinência com o caso concreto (art. 489, § 1º, V) e que o CPC/2015 não veio com a finalidade de celeridade imediata, de quantidade de julgamentos, mas em busca de qualidade nas decisões judiciais justas, vale dizer, celeridade mediata, ou seja, decisões que observem os direitos fundamentais dos jurisdicionados perfeitamente visualizados por eles no provimento judicial (ideia de decisão legítima). É que o papel do magistrado no ambiente procedimental, de acordo com o CPC/2015, traduz-se como sujeito ativo do contraditório coparticipativo na responsabilidade de esclarecer, de advertir e de consultar às partes sobre a demanda, consagrando-se uma jurisdição democrática de acordo com a regra constitucional prevista no art. 5º, LV, respeitando o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos jurídicos considerados pelo magistrado na decisão judicial (ideia de controle crítico da decisão). Isto não quer dizer que diante do caso concreto, o magistrado não possa postergar o contraditório para depois, quando estiver diante de situações de urgência ou emergência (possibilidades de deferimento de tutelas de urgência – art. 300, § 2º do CPC/2015).

Não há dúvida, também, de que a petição inicial do autor da demanda e a contestação do demandado, deverão trazer a referida pertinência do caso com o precedente, com o enunciado ou súmula, questões que devem ser enfrentadas pelo juiz para decidir. Daí, a responsabilidade no esmero na argumentação jurídica por ocasião da postulação, tanto por parte do autor da demanda na petição inicial em especial, quanto por parte do demandado na oportunidade de sua resposta, em busca da resolução do mérito (o bem da vida em disputa nos autos), único fim da prestação jurisdicional, principal comprometimento previsto no CPC/2015, conforme se vê pelo texto do seu art. 4º. Veja-se que a inaptidão técnica dos advogados, por exemplo, poderá ser considerada como abuso do direito de postular, punido com multa por litigância de má-fé (lide temerária) e funcionalmente junto ao Conselho de Ética da OAB.

E, por final, o CPC/2015 aproxima-se do sistema *Common Law* com a finalidade de aplicação de precedentes como garantia da segurança da decisão judicial em razão de sua previsibilidade, minorando a discricionariedade dos juízos (arts. 926 e 927).

É de Wambier (2009) a interpretação de que se o sistema de jurisprudência *Civil Law* não vincula, regra geral, membros da mesma Corte e membros de juízos primevos, não se chega a nível de certeza, estabilidade e previsibilidade de decisões como ocorre no sistema *common Law*. No entanto, é preciso observar que o objetivo não é descongestionar o judiciário sem critérios qualitativos dos precedentes, porque poderá existir interpretação de fatos que levarão a julgamentos diversos para casos análogos, situações, inclusive, que exigem do jurisdicionado um maior esmero nas suas argumentações (WAMBIER, 2009, p.143).

A propósito, o professor Humberto Theodoro Júnior (2016), em artigo publicado na Revista *Magister de Direito Civil e Processo Civil*, nº 71, página 06, leciona o seguinte sobre a matéria:

O que o novo Código programou foi, principalmente, a ampliação por amostragem, destinada não apenas a repetir decisões do passado, mas a formular no julgamento de caso atual *tese de direito* que sirva de base para julgamentos futuros. Ao contrário do que se passa sob o regime do *common law* em que o passado

molda o presente, a tônica de nosso regime é a de estatuir no presente norma capaz de pré-ordenar o futuro.

E mais adiante:

Três são os remédios processuais em que essa técnica é adotada expressamente no NCPC: a) os recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1036 a 1041); b) o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987); incidente de assunção de competência (art. 947). (THEODORO JÚNIOR, Revista Magister, 2016 ).

Então, o julgamento por amostragem implicará na observação da tese de direito definida nos autos e o CPC/2015 acabou por instituir uma aproximação entre os sistemas *civil law e common Law* de maneira tal que os direitos fundamentais da igualdade e da segurança jurídica façam parte do Estado Democrático de Direito como cláusulas pétreas.

### **3. DA COLISÃO ENTRE NORMAS E DA CONJUGAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ (§§ 2º E 3º, DO ART. 489).**

O tempo de interpretar, de valorar (no sentido de dizer o que existe nos autos) e valorizar (dar valor ao que existe nos autos)<sup>7</sup> a fim de que a interpretação (atividade de conhecimento) seja o resultado racional de aplicação da norma, se aflora nas regras dos §§ 2º e 3º do art. 489 do CPC/2015.

Marinoni (2015) acabou por compreender, numa conceituação do que seja interpretação, o seguinte:

[...] interpretar implica identificar, valorar e decidir. A fim de que a interpretação seja aceitável do ponto de vista jurídico, ela tem de ser racional. A racionalidade da interpretação decorre da necessidade de a atividade interpretativa ser justificada interna e externamente e de o seu resultado ser coerente e universalizável. (MARINONI, 2015, p.90).

Então, fica claro que a interpretação exige a identificação do que as partes levaram para o *iter procedimental*. Em razão desse exercício

<sup>7</sup> Nesse sentido conferir Leal (2003, p.271).

de interpretação é que resulta em decisão judicial justa no sentido de que o jurisdicionado possa perceber nela, que seus direitos fundamentais provenientes do devido processo legal foram observados e respeitados pelo órgão decidor.

O art. 371 do CPC/2015 exige, na apreciação das provas, que elas sejam valoradas (ideia de sua existência) e valorizadas (ideia de seu valor) dentro do contexto dos autos. É uma interpretação essencial para a racionalização da decisão, fugindo da subjetividade, mas adequada à fundamentação do que decidir (bases racionais e idôneas pela persuasão racional). É que o poder não pode predominar sobre a razão e o livre convencimento para julgar com base em qualquer elemento subjetivo, até mesmo religioso, por exemplo, será exceção à regra.

Marinoni, mais uma vez, sobre o assunto, assim se expressa:

Não é incomum a existência de exceções implícitas às regras, exigindo interpretação normativa com outras normas em busca daquela que melhor se adéque ao caso concreto. Surgem os chamados postulados normativos em que se busca a percepção de eventual incompatibilidade com o caso concreto (§ 1º do art.489 do NCPC). (MARINONI, 2015, p.495).

Em razão disso, a sentença judicial passa a ser vista pelos jurisdicionados como uma verdadeira unidade de sentido interpretativo das legítimas expectativas criadas durante o procedimento, em que possam visualizar uma verdadeira orquestração, ou seja, uma harmonia entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo (nexo indispensável, uma verdadeira conexão positiva de sentido).

A fundamentação de uma decisão traz em si a ideia de que “o Estado não poderá interferir na esfera pessoal do jurisdicionado sem justificar sua interferência e esta garantia tem natureza de direito fundamental, conforme se vê pelo texto do art. 93, IX da CF/1988. Se não observado, o resultado será a nulidade da decisão”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.314).

De outro lado, como ocorre com certa frequência e, foi mais uma das preocupações do legislador, o § 2º do art. 489 acabou por referir-se à questão da colisão entre normas<sup>8</sup>. É que no caso concreto em

<sup>8</sup> Critica-se a redação do dispositivo em questão, considerando que a técnica da ponderação de interesses, balizada pelos princípios da razoabilidade e

juízo poderão ocorrer finalidades opostas ou colidentes entre princípios, exigindo do julgador verificação do que é conflitante e do que será aplicado ao caso em análise.

Marinoni, com propriedade, disse o seguinte sobre a matéria:

Não é incomum igualmente, dada a defectibilidade das regras, que ocorram situações em que a aplicação da regra geral ao caso particular não se harmoniza com o fim para o qual a regra foi em tese pensada. Em outras palavras, não é incomum a existência de exceções implícitas às regras (*defeasibility*). Em todas essas situações, é preciso estruturar a interpretação normativa com outras normas, destinadas justamente a estruturar a aplicação racional dos princípios e das regras. São os chamados postulados normativos. A fim de que o processo interpretativo seja o mais racional e controlável possível, é preciso que se identifique, em qualquer caso, exatamente quais as finalidades em jogo (no caso dos princípios) e qual a incompatibilidade entre o caso concreto e a norma geral que aponta para a existência de exceções implícitas (no caso das regras), além de mostrar de que modo essas espécies normativas contribuem para a solução do caso concreto (art. 489, § 1º, I, CPC). Ainda, é preciso mostrar por que determinado postulado deve ser empregado e não outro para a solução do embate normativo (art. 489, § 1º, I, CPC). É isso que o art. 489, § 2º, CPC, quer dizer: é preciso identificar as normas que devem ser aplicadas e o respectivo postulado que estrutura a correlata aplicação. Fora daí há arbitrariedade na solução dos conflitos normativos por ausência de adequada fundamentação (art. 498, § 2º, CPC). (MARINONI, 2015, p.494-495).

Sendo assim, o recado dado pelo legislador no CPC/2015 é de que o provimento judicial só terá sentido se estiver em harmonia com os fatos da causa, com as provas produzidas nos autos, com as argumentações jurídicas apresentadas pelas partes durante o procedimento (função endoprocessual). Caso contrário, a decisão judicial distanciará da fundamentação adequada e o jurisdicionado não terá a garantia do controle sobre a legitimidade do exercício da função jurisdicional (função extraprocessual de controle crítico, até mesmo da população, em face à atividade do julgador).

---

proporcionalidade, na hermenêutica constitucional clássica, é aplicada, tão somente, em se tratando de antinomia aparente de princípios. No caso de regras, prevalece o critério de exclusão de uma ou outra, ou seja, do “tudo ou nada”.

Não é raro o surgimento de situações em que a aplicação de princípios pode se apresentar em confronto e aí surge a necessidade da interpretação que se adéque ao caso em julgamento. Em razão disso, o princípio deve ser compreendido em sua extensão e significado para construção de norma que resolva o conflito apresentado em juízo.

Nelson Nery Júnior (2010), citando Karl Larenz, registra o seguinte:

Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia de Direito, que, todavia, não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar fundamentos justificativos delas. (NERY JR., 2010, p.35).

Jorge Eustáquio da Silva Frias (2015), quando escreveu sobre o confronto entre alguns princípios no CPC/2015, citou a lição de Humberto Ávila que propôs a seguinte definição sobre princípios:

[...] normas imediatamente finalistas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (FRIAS, 2015, p.158)

E quanto às regras, continua:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (FRIAS, 2015, p.158).

Percebe-se, portanto, que é imprescindível a distinção entre princípios e regras sendo estas de conteúdo delimitado e isto porque, quando uma regra é aplicada em detrimento de outra, esta outra se torna excluída para a solução do caso em questão, o que não ocorre com os princípios, porque estes são de conteúdo amplo e genérico e quando um é aplicado, este pode se dar em comunhão com

outro, utilizando-se do balizamento de forças de cada um, a partir da proporcionalidade<sup>9</sup>.

Por fim, diante de cada caso concreto, a aplicação de princípios precisa ser ponderada e, diante de eventual conflito entre eles, se um não faz desaparecer o outro, como ocorre com a aplicação das regras, usam-se os postulados com a finalidade de se ajustar o princípio adequado ao caso em análise.

Ainda, na lição de Jorge Eustáquio da Silva Frias (2015):

Ponderação entre princípios. Pode ocorrer conflito entre princípios e neste caso, o intérprete deve balancear os valores em causa, para ver qual deles deve prevalecer no caso analisado. Tem-se afirmado que a diferença entre princípios e regras é que, no caso de conflito entre estas, uma há de subsistir, e a outra é de ser considerada inválida. É que a doutrina tem resumido na fórmula *tudo ou nada*. O que aqui importa salientar é que, no conflito entre princípios, um não faz desaparecer o outro, que poderá ter aplicação a outro caso em que os mesmos valores da situação precedente não estejam em disputa. Essa ponderação para verificação do princípio que prevalece sobre outro, sem o invalidar, é que se mostra tarefa difícil, que conta com o auxílio dos postulados. (FRIAS, 2015, p.160).

Explicando o que seriam postulados normativos, Marinoni (2015) leciona que “é preciso estruturar a interpretação normativa com outras normas, destinadas justamente a estruturar a aplicação racional dos princípios e regras”, ou seja, o processo de interpretar deve ser o mais racional possível, a fim de que fique clara a finalidade da aplicação do princípio ou da regra no caso concreto, uma dedução, portanto, lógica (MARINONI, 2015, p.495).

---

<sup>9</sup> A título de exemplo, pode-se citar o caso de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, em tutela antecipada irreversível. Neste caso, há aparente colidência entre os princípios do contraditório e supremacia do interesse público e da efetividade do processo e, por exemplo, vida (em se tratando de internação de autor-paciente com risco de morte). Deve o julgador escolher qual valor jurídico deve prevalecer no caso (proteção da vida x patrimônio público) e buscar a solução que dê a maior efetividade para o valor escolhido, com a mínima restrição do valor preterido. Há que se destacar, ainda, que deve o julgador fundamentar explicitamente as razões de sua escolha e os critérios utilizados para a restrição do direito preterido.

O CPC/2015 prevê uma série de princípios e dentre eles está o princípio da boa-fé (§ 3º, do art. 489). Esta surge no sistema processual brasileiro, assim como veio positivada no Direito Civil, art. 422 do CC/2002, como cláusula geral com a imposição de um padrão de comportamento marcado pela lealdade, pela honestidade, pela cooperação e pela confiança. Sendo uma espécie de cláusula geral, sua aplicação vai depender do caso concreto e, assim, o julgador deve partir para o campo da adaptação a cada caso, numa demonstração de que não há rigidez da norma, mas aplicação do princípio da proporcionalidade diante de eventual colisão de interesses.

A boa-fé subjetiva surge de uma convicção íntima do sujeito na compreensão de que sua conduta não esteja lesando direito alheio. A boa-fé objetiva, no entanto, envolve uma modalidade de vinculação exterior ao sujeito pautada pelos padrões da ética, regra reta de conduta do homem de bem e, no Direito Processual, a proibição de vir contra fato que é próprio (*venire contra factum proprium*). Em nome da segurança e da confiança, a parte nos autos do procedimento não poderá adotar comportamentos contraditórios entre si com a finalidade de prejudicar a outra parte da relação jurídica formada e nem distorcer a verdade dos fatos apurada nos autos, conduta ilícita pelo abuso do direito de postular, com intenção, inclusive, de levar o julgador a erro.

Em colaboração à inovação em referência (interpretação e boa-fé), Nelson Nery Júnior (2015), registra o seguinte:

Interpretação e boa-fé. A inclusão da boa-fé neste dispositivo faz crer que a interpretação da decisão judicial não deverá se pautar pela distorção do que foi dito pelo juiz – o que caracterizaria litigância de má-fé por desvirtuamento da verdade dos fatos (CPC, 180, II). A rigor, todavia, a inclusão é desnecessária, já que boa-fé é referência fundamental para todos aqueles que atuam no processo, de forma ainda mais clara do que ocorria no CPC/1973 (CPC 5º). (NERY JUNIOR, 2015, p.1157)

A boa-fé, portanto, sendo uma norma de conduta passa a envolver todos os sujeitos do processo, inclusive, o juiz e, sendo norma de conduta, reforçando a ideia, ela tem o caráter objetivo, diferente da boa-fé subjetiva que tem caráter intencional. O que o atual CPC trouxe foi uma boa-fé objetiva, um padrão de conduta capaz de não permitir o desvirtuamento da realidade dos autos, envolvendo todo o aparato

jurisdicional, ou seja, todos os sujeitos do processo, instituições e órgãos públicos ou privados que exerçam direta ou indiretamente funções essenciais à Justiça. Assim, inclusive, já decidiu o STF, como se vê no registro feito por Fredie Didier Júnior (2015):

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair Trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça (DIDIER JR., 2015, p.109).

A conclusão que se chega, portanto, é de que o CPC/2015 não suporta mais um processo que não seja justo no sentido de ser pautado por comportamentos leais e éticos. A exigência do padrão de boa-fé já vem normatizada de maneira constitucional pelo texto do art. 3º, I, da CF/1988 quando institui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária o que resulta em confiança e lealdade, com respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Por isso, fica evidenciado no princípio da boa-fé processual (boa-fé objetiva), o dever de cooperação entre os sujeitos da relação processual, cada um exercendo o seu papel de relevância na formação, no desenvolvimento e na conclusão do procedimento, no sentido de que o espaço discursivo procedimental seja democrático, leal e ético, acima de tudo. Não se sustenta mais a famosa prática de querer tumultuar o processo, de retardar a prestação jurisdicional com base no famoso “ganhar tempo” com expedientes distanciados da boa-fé objetiva.

O professor Humberto Theodoro Júnior (2016) leciona que:

Consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de *lealdade e lisura*. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados (THODORO JÚNIOR, 2016, p.79).

E mais adiante:

O princípio contido na norma enunciada no art. 5º do NCPC – que impõe a todos os sujeitos do processo o dever de compor-

tarem-se de acordo com a boa-fé – acha-se em íntima conexão com o preceito do art. 8º, no qual se confere ao juiz o encargo de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, ao aplicar o ordenamento jurídico no julgamento da causa (2016, p.91).

Espiando com esse olhar, surge a permissão de compreender que a vida e a dignidade da pessoa humana são núcleos essenciais para a sustentação dos direitos humanos estabelecidos no Estado Democrático de Direito.

#### 4. CONCLUSÃO

A Lei Federal nº 13.105 sancionada em 16/03/2015, com *vacatio legis* prevista no art. 1045, portanto, já em vigor desde 18.03.2016, implementou, de maneira substancial, novas espiações dentro do Direito Processual Civil brasileiro e dentre elas, a evolução da Teoria da Interpretação como função de definir o sentido do Direito. A sentença do juiz passa a ser o resultado de tudo aquilo que foi construído pelas partes, com a colaboração dele, o julgador, durante o espaciotemporal de construção do procedimento, passando a ser dotada de racionalidade, porque motivação (elemento subjetivo) não se confunde com fundamentação (elemento racional).

O CPC/2015 não veio com a finalidade tão somente de celeridade, de quantidade de julgamentos, valorizando a conciliação prévia ou a mediação, mas, muito mais em busca de qualidade nas decisões judiciais justas no sentido de que os direitos fundamentais dos jurisdicionados fiquem perfeitamente visualizados por eles no provimento judicial de resolução ou não do mérito da causa, caso não seja possível a conciliação ou mediação (expedientes de busca de paz social).

O magistrado, portanto, deverá apresentar-se no ambiente procedimental como sujeito ativo do contraditório coparticipativo na responsabilidade de esclarecer, de advertir e de consulta às partes sobre as questões da demanda e, acima de tudo, quanto aos benefícios da conciliação/mediação. O conteúdo da decisão judicial passa a ser construído com a colaboração das partes durante o procedimento judicial e o magistrado como facilitador desse procedimento a fim de que o provimento seja legítimo, seja justo no sentido de que cada sujeito do processo, desempenhando o seu papel, possa perceber que o

provimento judicial, realmente, demonstre o resultado de tudo que foi construído de maneira democrática durante o *iter procedimental*. O magistrado, sem perder a sua qualidade de agente político (autoridade judicial) passa a ser, também, um verdadeiro servidor público.

E não é só. O CPC/2015 deu, ainda, maior atenção a aplicação dos precedentes/súmulas, inclusive, vinculantes, numa demonstração de presença do sistema *Common Law* em busca de maior estabilidade, previsibilidade, racionalidade da decisão judicial, resultando em segurança jurídica, conforme se vê pelo texto do art. 926. O sistema *Civil Law* tem trazido intranquilidade a tão desejada segurança jurídica, em razão da não obrigatoriedade por parte dos julgadores de seguirem, exceto nos casos de recursos repetitivos e súmulas vinculantes, entendimentos judiciais, tanto de primeiro como de segundo grau de jurisdição, o que significa que o legislador acabou por hastejar uma verdadeira diminuição de decisões discricionárias (art. 927).

Caberá ao magistrado, em especial, muita sobriedade, muita coragem e coerência na implementação do novo sistema processual civil brasileiro, determinado por relevância de precedentes e enunciados (ideias de amostragem/similitude), voltados para o entendimento de que, diante do caso concreto, será indispensável a aplicação de técnicas de distinção (*distinguishing*) como também, eventualmente, técnica de superação (*overruling*).

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **As perspectivas do CPC/2015 de asseguaração do processo justo e democrático**. In SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. *Novo CPC: Análise doutrinária sobre Direito Processual brasileiro*. V. 1. Campo Grande: Contemplar, 2016, p.30/45.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 10ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

FRIAS, Jorge Eustáquio da Silva. **Novo CPC. Análise doutrinária sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro**. Campo Grande: Contemplar, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. 3. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Jr., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Novo CPC**: inovações, alterações, supressões. Editora Método: São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. *Revista de Processo*, Ano 19, n. 73, jan/mar. 1994, p.07-14.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **Por uma Técnica de Democratização das Decisões Jurisdicionais** – Parte I. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, n. 20, 2ª quinzena de out. de 2008a, p.841-837.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **Por uma Técnica de Democratização das Decisões Jurisdicionais** – Parte II. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, n. 21, 1ª quinzena de nov. de 2008b, p.889-886.

RIBEIRO/JOBIN, Darci Guimarães e Marco Félix. **Desvendando o Nono CPC**. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 3ª Edição Ampliada, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Common Law e Civil Law**. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, nº71. Magister Editora, Porto Alegre, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil**. In RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (organizadores). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Edição Ampliada, 2017.



# 6

## PROBLEMÁTICA E SENTIDO DOS DIREITOS HUMANOS – BREVE REFLEXÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ

(SET OF ISSUES AND SENSE OF HUMAN RIGHTS  
– BRIEF REFLECTION IN LIGHT OF THE THOUGHTS  
OF HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ)

**Luís Carlos B. Gambogi<sup>1</sup>**

### RESUMO

Padre Vaz, reconhecidamente um dos maiores filósofos do pensamento humanista, responde à angústia do mundo contemporâneo de modo extremamente espiritualizado, próprio de sua formação. No pensamento de Pe. Vaz tudo gira em torno do homem e sua posição no mundo. Pe. Vaz pensa o homem à luz de seu próprio passado e, nessa atitude pensante, ao tempo em que o pensa lembrando, reinventa os problemas e as circunstâncias que o forjaram. Em outras palavras, Pe. Vaz pensa o homem no tempo, o tempo que foi e o tempo que é, o tempo passado e o tempo que flui no momento do pensar, isto é, o

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG, desembargador do TJMG.

tempo histórico e o tempo lógico que dialeticamente se exprimem em seu ato de filosofar.

**Palavras-chave:** direitos humanos; problemática e sentido; pensamento de Pe. Vaz.

### ABSTRACT

Priest Vaz, acknowledged as one of the greatest philosophers of humanistic thinking, responds to the anguish of the highly spiritualized contemporary world, in a very spiritual way, proper of his formation. In the thoughts of Priest Vaz everything revolves around man and his position in the world. Priest Vaz sees the mankind under the light of his own past, and in this thinking attitude, at the time he thinks of it, he reinvents the problems and circumstances that forged it. In other words, Priest Vaz sees the mankind in time, the time that was and the time that is, the time spent and the time that flows in the moment of thinking, that is, the historical time and the logical time that are expressed dialectically In his act of philosophizing.

**Keywords:** human rights; set of issues and sense; the thoughts of Pe. Vaz.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A problemática e o sentido dos Direitos Humanos; Referências Bibliográficas

## INTRODUÇÃO

As anotações que se seguem visam instigar a reflexão sobre o sentido dos direitos humanos a partir do pensamento de Lima Vaz, precisamente a partir da obra *Ética e Cultura*, eleita o manjar e o mantra desta reflexão.

Pe. Vaz segue a tradição do pensamento ocidental, cuja indagação central foi e continua a ser esta: o que é o Homem? A resposta, desde sempre, é buscada pela Filosofia, pela Ciência e pela Religião. No campo da reflexão filosófica, insere-se a Ciência, posto que ambas perseguem o fundamento racional para alicerçar o conhecimento. A Religião, ao contrário, não se funda na razão, funda-se na fé e se alimenta de elementos míticos, sendo, sua manifestação formal, anterior

ao pensamento filosófico e científico. A manifestação do pensamento religioso é, portanto, a primeira a pensar o Homem e o Universo.

O eixo histórico da humanidade registra que as primeiras cosmogonias explicativas do sentido da existência aparecem entre 600 a 480 A. C, momento em surgem figuras como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel. Todos eles, embora não venham a se conhecer, coexistem, apresentando, cada um deles, o seu inédito conteúdo explicativo.

No século V a. C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o ‘Século de Péricles’), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade. (COMPARATO, 2010, p.20/21).

Enfim, vencida a fase mítica, de deificação das coisas, tem início a passagem do pensamento religioso ao filosófico, isto é, o Homem vai ao encontro do racional, momento em que se abre para a Filosofia, cuja característica fundamental reside no esforço de compreender, à luz da razão, o Homem e a Natureza. No que tange ao Homem, dentre outras, a Ética constitui exuberante contribuição do pensamento filosófico ao desenvolvimento civilizatório.

## **1. A PROBLEMÁTICA E O SENTIDO DOS DIREITOS HUMANOS**

Como a temática sobre qual aqui se reflete, a problemática e o sentido dos direitos humanos, exige a reflexão Ética, cumpre pontuar que, para o Pe. Vaz, não há Ética sem metafísica, não da metafísica desligada da experiência humana, que ignora ou abandona experiência humana, mas da metafísica que se desenvolve no jogo dialético da transcendência na imanência, da metafísica em que a experiência humana, considerada sua finitude e contingência, torna-se o objeto de reflexão que se abre para recepcionar o Bem e a Verdade no exercício da liberdade. Dirá Pe. Vaz: “Uma civilização que celebra a razão mas abandona a metafísica e a Ética é semelhante, para lembrar uma comparação de Hegel, a um templo sem altar”. (VAZ, 2013).

Pe. Vaz não oculta que seu pensamento deita raízes na Academia e no Liceu, em Platão e em Aristóteles, não para repeti-los, mas para reconstruí-los, e daí extrair as linhas fundamentais do seu pensamento.

Inspirando-se em Platão, o pensamento vaziano sustenta que a morada do homem, o ethos, nunca está pronta e acabada porque esse seu “essencial inacabamento é digno de uma presença a um tempo próxima e infinitamente distante, e que Platão designou como a presença exigente do Bem, que está além de todo ser (*ousía*) ou para além do que se mostra acabado e completo.” (VAZ, 2013, p.13).

É que, em Platão, o Universo se reduz a três princípios fundamentais: o Bem, as ideias ou a inteligência e a matéria. Contudo, não se pode dizer que a inteligência ordena e causa todas as coisas. Para Platão, inteligência e matéria não estão estruturalmente conexos ao Bem. É preciso, pois, um esforço maior da inteligência para se chegar ao conhecimento do Bem, à “verdadeira causa”, isto é, àquilo a que a inteligência se refere. No caso, já não podemos nos valer apenas dos sentidos e das sensações, à qual podemos chamar de “primeira navegação”, isto é, fácil, nada cansativa, feita com as velas ao vento. Quanto à “segunda navegação”, ou seja, aquela em que nos faltam os ventos, em que devemos nos valer dos remos, resta-nos recorrer ao raciocínio e aos postulados, através dos quais alcançaremos o entendimento metafísico, a compreensão do Bem. Tal operação é difícil: pode doer aos olhos, não porque nos mostra o obscuro; ao contrário, porque nos leva à luz. Este é, em síntese, o modo como Platão entendeu a justiça e a virtude; em uma palavra, como manifestação do nexos metafísico que une toda a realidade. O Bem, para Platão é condição para o conhecimento, para se entender a finalidade da vida, assim como para a compreensão de sua causa criadora (REALE, 1997).

Segundo Pe. Vaz, a metafísica do Bem é o solo sobre o qual se ergue a fundamentação racional do agir humano, sendo que “a liberdade é o *pondus* que inclina o homem para o Bem, centro absoluto do universo espiritual, assim como a Terra, na representação geocêntrica, é o centro absoluto do universo físico”. (VAZ, 2013, p.91)

De Aristóteles, Pe. Vaz haure a continuidade entre a Ética e Política depreendendo que “a compreensão aristotélica permite

articular organicamente a atividade propriamente ética do homem e a atividade política na unidade do mesmo saber prático.” (VAZ, 2013, p.156/157). Segundo Aristóteles, é no Estado que o homem torna ato suas possibilidades naturais, psíquicas e espirituais. Daí porque afirma que “os fins e o bem do homem não podem ser conhecidos, nem ser praticamente assegurados pela Retórica, pela Economia ou pela Ética, mas tão somente pela Política”. É ela, pois, a ciência que contém em si todas as outras, que considera o bem geral, o supremo bem de todos, o sentido e o objetivo de todos os atos da vida.

Inspirando-se em Aristóteles, conclui Pe. Vaz conclui que o homem, ao se constituir como ser ético se constitui como ser político. Portanto, se a Ética tem por objeto o agir humano na perspectiva pessoal, a Política, sob as diretrizes da Ética, tem por objeto o agir social do homem. Para o autor, a Ética, enquanto hábito, na perspectiva subjetiva, se dá no plano pessoal; enquanto vida ética e agir ético, se dá no plano intersubjetivo, sendo, o Direito, qualquer que seja a sua forma de manifestação, produto do espírito objetivado.

Escrevera Pe. Vaz:

A unidade dos domínios éticos e políticos se manifesta no fato de que, segundo Aristóteles, o homem tal como ele o considerava na sua expressão acabada, isto é, o homem helênico, é essencialmente destinado à vida em comum na polis e somente aí se realiza como ser racional. Ele é um *zôon politikón* por ser exatamente um *zôon politikón*, sendo a vida ética e a vida política artes de viver segundo a razão (*katà tòn lógon zên*) (VAZ, 1991, p.42).

É o próprio Aristóteles quem escreve: “embora um indivíduo isolado se proponha o mesmo fim que todo o povo, e seja possível apreciar o que toca a um só homem, será mais nobre e elevado ocupar-nos com o bem de todo um povo ou de um Estado. A Ética, assim, não se confunde com a Política, mas não pode ser fundada senão sobre ela”. Isto é, ética e política se completam. Como Aristóteles tantas vezes diz, “não é suficiente conhecer o bem para fazê-lo, porque a paixão pode se misturar entre o saber do bem e a sua realização”. Ou seja, Ética não é discurso, é ato! (ARISTÓTELES, 1979).

Naturalmente que Aristóteles poliniza sua Ética e Política com uma ideia de liberdade em sentido coletivo, porquanto jamais compreenderia a imagem contemporânea de liberdade, que contrasta com

parte ou com o todo do Estado, que confunde, que não raro ofende o bem comum. Para o grego, um Estado está firmado numa Ética que edifique o homem dentro do homem, que consolide a liberdade nos meandros da liberdade.

Adiante, partindo do que denomina “quiasmo do espírito”, Pe. Vaz liga a transcendência à imanência, o ser ao existir, a razão pura à razão prática, a inteligência à liberdade. Razão e liberdade, para o autor, são os elementos constitutivos da sua estrutura ontológica do ser, sendo, o espírito, correlação dialética entre razão e liberdade. Cumpre à razão o acolhimento do ser, cumpre à liberdade consentimento ao ser. Essas duas faces do espírito se entrelaçam indissolúvelmente para formar o que Pe. Vaz denomina “quiasmo do espírito” finito, isto é, dado cruzamento intelectual em que a inteligência passe na liberdade, assegurando-lhe o verdadeiro bem, e a liberdade passe na inteligência, inclinando-a à bondade da verdade.” (VAZ, 1991, p.219/220).

A intrínseca relação entre Ética e Política, contudo, ao ser desconstruída pelo pensamento político moderno, que afasta a Política da Ética, notadamente a partir de Maquiavel, produz uma equivocada cisão que até hoje rende prejuízos á humanidade. Explica Pe. Vaz que, nas sociedades modernas, abraça-se a perspectiva da universalidade hipotética, cujo traço essencial é o racionalismo científico, em detrimento da ontologia clássica; com efeito, o homem moderno afasta-se do entendimento que preserva a íntima relação entre Ética e Política e assume a perspectiva em que “essa relação torna-se extrínseca e problemática e a Política tende a se constituir em esfera autônoma independente da normatividade ética e frequentemente a ela oposta”. (VAZ, 2013, p.147 e 175).

A cisão entre Ética e Política, por um lado, eliminou o pressuposto ontológico que legitimava o poder pela justiça, à luz da teleologia do Bem, pelo que, desde a fase histórica que denominamos modernidade, a política se reduziu a uma “técnica do poder” (VAZ, 2013, p.259). Por outro lado, na medida em que a sociedade moderna abraça a perspectiva da universalidade hipotética, somada à ideologia individualista, que fragmenta os universos culturais, acaba por nos conduzir a um modelo de sociedade em que o Direito é mero garantidor dos interesses e das necessidades do indivíduo.

No entender de Pe. Vaz, “reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade obsessivamente preocupada em deferir o proclamar uma lista crescente de direitos humanos, e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos e leva-los a uma efetivação concreta nas instituições e nas práticas sociais.” (VAZ, 2013, p.175).

Sob essa lógica, prosperam as condições necessárias ao apagamento da dimensão ética “na relação da sociedade, e, particularmente, do Estado com os indivíduos”, posto que passa a presidir as relações o elemento técnica ( Lima Vaz, 2013, 175). O que se vê, em verdade, é o aparecimento de um modelo de sociedade e de Estado guiados por ações que privilegiam o resultado econômico, isto é, dissemina-se o ideário *poiético*, cujo meio é a técnica, em detrimento do Ético (SALGADO, 1998).

Segundo Pe. Vaz, o *poiético* vem do fazer, produzir (fazer um automóvel, por exemplo), cujo meio é a técnica. Trata-se de uma razão servil, instrumental, em que se faz sem inquirir o porquê do que se faz, em que as regras do fazer (técnica), podem ser ensinadas e exercidas de modo mecânico, não reflexivo. De ser-em-si e para-si, de ser consciente de sua liberdade, o homem é convertido em ser-para-o-outro, ou seja, é subjugado por uma estrutura *poiética* tecnologizante que faz com que o homem deixe de ser um fim em si mesmo, isto é, livre, para se tornar mercadoria, a ter valor econômico.

O ideário *poiético* e o pensamento científico-tecnológico, que nos consideram objeto econômico, que nos convertem em mercadoria, são como a ideologia do tempo presente: seu papel é o de justificar o poder, dissimular as disfunções da sociedade industrial e legitimar as relações de dominação. Trata-se de uma concepção que substitui nossos valores mais altos pela ditadura da eficácia, e que culmina na traição aos ideais humanitários.

Para facilitar os seus objetivos, um dos meios manejados por tal ideário consiste em desacreditar o pensamento reflexivo com vistas a engrossar os argumentos dos que querem que não se pense o conteúdo dos fins perseguidos. O pensamento, onde existe, restringe-se ao formalismo e ao dogmatismo. A lei é não duvidar, não questionar os feitos prodigiosos da *poiésis* e técnica. Ao pressuposto de que a verdade

científico-tecnológica é evidente em si mesma, esta vertente do pensamento impõe-se como um engodo para daí extrair sua própria legitimidade. O engodo, em linhas gerais, consiste em disseminar o entendimento de que, se pensadas por critérios técnicos, se concebidas com critérios politicamente neutros e assépticos, as normas impostas pelo Estado devem gozar de legitimidade, o que, rigorosamente, não é científico nem verdadeiro.

O ideário *poiético* e a tecnociência, a serviço de si mesmos, do capital, ou do aparelho industrial, valem-se de manobras para impor o domínio técnico sobre o Ético e o Político. Armados de teorias, procuram negar as qualidades da razão prática e nos impingir soluções gerais, padronizadas, enquanto enfrentamos questões contingentes e variáveis; o que buscam é suprimir a intervenção da vontade humana, da liberdade humana, do julgamento humano na sucessão dos fatos nascidos da vida.

Em sua relação com as instituições políticas, não só desqualificam os políticos como os humilham; contudo, não os descartam. Tem-nos como necessários até que se complete a racionalização mágica da sociedade e do Estado. Até lá, devem ser preservados, devem servir de biombo, devem ser como uma máscara que oculte a real face do poder, como mercadores que vendem, aos cidadãos, a ilusão de que vivem numa democracia. Numa análise bastante simples, diríamos que o povo elege os políticos para governar e que estes, como atores, representam quem governa. No entanto, o aparato de produção e reprodução do conhecimento, seu dinamismo e velocidade, cujo domínio pertence aos técnicos, afastam a razão política do centro do poder, põe-na na periferia do poder, de modo a permitir que os tecnocratas mantenham rígido controle sobre o núcleo duro do poder.

Os corifeus da *poiésis* e da tecnociência, contra a qual nos bate-mos, agem de modo a nos afastar do controle, do comando das decisões políticas e práticas, empurra-nos para dentro de um círculo vicioso que recorda os males hereditários, isto é, a técnica produz dados danos que somente a técnica pode solucionar. Ora, a razão só é razão na medida em que permite-nos conhecer e reconstruir o mundo, quer sob o ponto de vista histórico, quer social, quer humano, porque a mera cientificidade, o conhecimento que não transcende o seu objeto,

termina dominando o próprio sujeito. Como denunciam Adorno e Horkheimer, “o saber que é poder não conhece barreira alguma, nem na escravidão da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo” (ADORNO, 2006, p.18).

Que o ideário *poiético* e a tecnociência são produtos da inteligência humana, não há dúvida. Porém, trata-se de uma racionalidade sem inteligência moral. Assentam-se ambos na razão, não há dúvida, no entanto, funda-se numa racionalidade que repele o uso prático da razão; portanto, repele a liberdade. Em verdade, a ideologia *poiético-científico-tecnológica*, por ser dogmática, torna-se danosa na medida em que repugna a razão prática, a razão que legisla para a liberdade, a razão que funciona como tribunal da própria razão.

No afã de matematizar o campo deliberativo da racionalidade, o ideário parece saber que só avança na medida em que consegue evitar ou eliminar as possibilidades do uso prático da razão como recurso do pensamento. Plenamente vitoriosa, construiria uma realidade em que agiríamos mediante meros cálculos de probabilidade; portanto, não teríamos mais dificuldades em lidar com a pluralidade, a variedade e complexidade dos acontecimentos e da vida porque não mais seríamos capazes de fazer julgamentos, estimativas, não seríamos capazes de nos dar uma política, uma moral, um ideal.

Ora, eliminar o uso prático da razão implica expulsar do território do conhecimento a vontade, a liberdade, a racionalidade ética e política. É a razão prática o nosso instrumento de deliberação, de fazer escolhas, pressuposto para a ação do homem em sociedade, condição dos nossos movimentos na história. Matematizado o campo da razão prática, esterilizada estará a inteligência, gélidos estarão os espíritos, impotente estará o homem, sepultos estarão a esperança e a liberdade. O uso prático da razão nos dá as luzes que iluminam os caminhos da razão científica, é corrimão para os nossos julgamentos, apoio para a nossa inteligência, horizonte para a nossa ação. O uso prático da razão nos dá fundamento para decidir e nos orienta rumo ao princípio da finalidade quando da tomada de decisão, e, ao contrário do que deseja a tecnociência, subordinam o conhecimento científico ao invés de se subordinarem a ele. Fazem com que se enquadre, submeta-se a um objetivo, a um fim.

Não é que se deva desdenhar a razão *poiética* nem a razão científica e técnica. Trata-se de não confundir juízo de razão científico, ferramenta com que se esculpe o conhecimento intelectual, com juízo de ético, uma reflexão do espírito sobre o espírito, que nasce da razão prática, esfera da liberdade. Podem ambos caminhar juntas, e, se o fazem, produzem grandes inteligências, desde que a razão prática submeta a razão *poiética*-tecnológica aos seus limites geométricos, e a consciência, uma vez liberta dos grilhões que querem lhe impor, fulgure com todo o valor que possui. Em verdade, razão prática e razão técnica são qualidades que hoje se repelem, mas que devem convergir. A razão técnica e científica se forma pela luz intelectual, que é gélida; a razão prática, pela luz do coração e da vontade, que são cálidas. A razão científico-tecnológica conhece, especula; a razão prática julga, decide, ordena. São faculdades que operam dialeticamente, é um equívoco separá-las.

Portanto, nada mais importante neste momento do que levar ao banco dos réus a absolutização da tecnologia e, ao mesmo tempo, inventar novos saberes e direitos que nos protejam das garras da ideologia tecnologizante. Tornou-se imperioso, para todos nós, restaurarmos o equilíbrio perdido, tornou-se necessário superarmos o abismo que separa as ciências sociais e humanas de outros ramos do saber científico, construindo pontes entre elas. O inaceitável é termos, de um lado, o pensamento técnico, de outro, paralisado o pensamento que reflete, que medita sobre o que existe e sobre o que pode vir a existir. O desenvolvimento científico e tecnológico deve vir acompanhado do desenvolvimento político e moral do homem, sob pena de que nossa civilização quebre o seu centro de gravidade. Se o homem cria as ciências, é seu dever pensar o destino humano numa sociedade que assassina as humanidades para que triunfe a cientificidade, que obsta o bom uso da razão humana nas questões científicas e exalta o mau uso das razões científicas nas questões humanas.

Não mais faz qualquer sentido a crença em que o florescimento da *poiésis*, ciências e da tecnologia, produziria justiça social e felicidade individual. De concreto, o que colhemos com essa radicalização, com essa equivocada cisão entre razão prática e razão lógica, foi o florescimento da racionalidade instrumental que, com mãos de ferro, sufoca a

voz da razão prática, reprime o uso prático da razão, fragilizando, por um lado, os laços comunitários construídos sob a égide da política e da ética, e, por outro, estimulando o utilitarismo e a ausência de afeto entre os homens.

Essa abordagem sobre a *poiésis* e a ideologia tecnologizante que faço, no fundo, expõe a ruptura havida entre Ética e Política, que teve seu início com a modernidade. Tal ruptura acaba por escravizar a força de ambos os campos, quer o Ético quer o Político, abrindo o flanco a que prosperasse o ideário *poiético*, e, com ele, a ideologia tecnologizante. É que, ao enfraquecer a intrínseca relação entre Ética e Política, enfraquecida fica a razão prática, cuja finalidade é dirigir as ações humanas com vistas ao aperfeiçoamento de si mesmo.

Em verdade, essa cisão, essa ruptura, alcançou toda a nossa cultura. De um lado, posicionaram-se os saberes vinculados às ciências humanas (educação, política, literatura, música, filosofia, direito, etc) e, de outro, enfileiraram-se os ramos ligados à ciência e à tecnologia, como que em mundos opostos. Para a técnica, as ciências humanas são inúteis; para as ciências humanas, a técnica não pensa. O diálogo entre ambos tornou-se difícil em qualquer direção e, não raro, ramos da área de humanas desertaram de seus quadros para aderir ao lado oposto. Colhemos, como resultado dessa cisão, uma realidade em que as ciências humanas, às quais cabe dar uma direção às áreas ligadas à ciência e à tecnologia, terminaram a reboque da tecnociência, terminaram reféns de uma realidade em que é a ciência-poder a responsável pelas decisões que fertilizam o óvulo do futuro.

A cultura humanística é uma cultura genérica, que, pela via da filosofia, do ensaio, do romance, alimenta a inteligência geral, enfrenta as grandes interrogações humanas, estimula a reflexão sobre o saber e favorece a integração pessoal dos conhecimentos. A cultura científica, bem diferente por natureza, separa as áreas do conhecimento; acarreta admiráveis descobertas, teorias gerais, mas não uma reflexão sobre o destino humano e sobre o futuro da própria ciência (MORIN: 2009. P.17)

Pe. Vaz, um dos primeiros filósofos a esclarecer e denunciar como opera o ideário *poiético*, entende que talvez aí esteja nossa indiferença em relação aos nossos semelhantes e a nossa convivência à não efetivação dos direitos proclamados mas não concretizados, posto que

sempre vítimas do bloqueio por parte dos economistas e outros expertos que integram o aparato estatal.

À luz do pensamento de Pe. Vaz, a substituição do fundamento ontológico vinculado à teleologia do Bem, a partir do século XVII, pelo racionalismo mecanicista preconizado pelo ideal cartesiano da matematização do Universo, está a exigir, para que a civilização recupere o tempo perdido “o desenvolvimento da ideia de comunidade ética alicerçada na emergência histórica dos direitos humanos como consciência da humanidade, [...] exigência, a um tempo ética e política, de edificação de um autêntico Estado de Direito” (VAZ, 2013, p.262).

Finalmente, como o eixo desta reflexão encontra-se na problemática e sentido dos direitos humanos, concluo afirmando que os direitos humanos coincidem em certa extensão com o que até a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a ciência jurídica, nomeava direito natural. Os direitos humanos são, portanto, fruto de uma declaração internacional cujo objetivo é o de dizer quais são os direitos que, no atual estágio das civilizações, possuem a dignidade de naturais, isto é, inerentes ao homem, à pessoa humana.

O rol de direitos declarados humanos pela ONU reflete em padrão do sentido universal de justiça e se presta a que possamos, adotando-os como a um critério objetivo, avaliar a qualidade ética do direito positivo de uma nação. Em verdade, os direitos humanos diferem do que as constituições classificam como direitos fundamentais, sociais e econômicos em razão da natureza supranacional dos direitos humanos, os quais, desde a sua gênese, aspiram à validade universal, enquanto os direitos fundamentais apenas integram o campo do direito positivo de um povo.

Naturalmente que não mais há como sustentar o direito natural no sentido de inato. Os direitos naturais não são naturais nesse sentido: são produto da organização humana, da pressão evolutiva criada pela vida social, da ideação deliberada, da História, da consciência e da mobilização política. Os direitos relacionados ao meio ambiente, por exemplo, sequer foram ventilados nos estatutos da ONU em razão de que, quando da edição da Carta da ONU, em 1948, não haviam conquistado adesão das consciências da família humana.

Entre nós, se se examina a nossa carta constitucional, infere-se que nela estão explícitos os preceitos e implícita a filosofia que orienta os direitos declarados humanos pela ONU. Entre nós, a questão dos direitos humanos não carece de fundamentação filosófica nem depende de uma deliberação política, vez que se encontram positivados desde a edição da Constituição da República. O que falta é dar efetividade à norma, um problema mais ligado à dogmática jurídica, à construção de políticas públicas, e à estrutura do Poder Judiciário, quer ao fundamento filosófico ou à deliberação política.

Por derradeiro, como me propus a escrever sobre a problemática e o sentido dos direitos humanos à luz do pensamento de Pe. Vaz, quero agora recordar que Paul Ricoeur, conhecido como o filósofo do sentido, indagado sobre o que seja o sentido, responde: “comer uma maçã é descobrir-lhe o sentido”. Poder-se-ia então afirmar que, para se extrair o sentido dos direitos humanos, mais que conhecê-los, é necessário vivê-los.

Enfim, já que citei Ricoeur, com ele também encerro: se fossemos capazes de compreender o amor além de sua lógica pessoal e privatista, se fossemos capazes de enxergar no amor sua dimensão pública, compreenderíamos plenamente o sentido dos direitos humanos.

O amor – escreve Paul Ricoeur<sup>2</sup> - “o amor tem a mesma extensão que a justiça. Ele é sua alma, seu impulso, sua motivação profunda; confere-lhe sua visada que é o outro, cujo valor absoluto ele atesta; acrescenta a certeza do coração aquilo que corre o risco de tornar-se jurídico, tecnocrático, burocrático no exercício da justiça. Em compensação, porém, é a justiça efetiva, institucional, social do amor”. (Ricoeur, 1990, p.162).

---

<sup>2</sup> RICOEUR, Paul. **Ideologia e Interpretação**. Trad . Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990. p.162.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.Horkheimer, Max. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd. Bornheim. São Paulo, Abril Cultural, 1979.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAMBOGI, Luís Carlos B. **Direito: razão e sensibilidade**. As intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, FCH-Fumec, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Tempo Brasileiro. 2003.t. II.
- MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-Feita. Repensar a reforma e Reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. 16 ed. Cidade. Rio Janeiro: Bertrand Brasil, 2009
- REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. Trad. Marcelo Perine, São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- RICŒUR, Paul. **Ideologia e Interpretação**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.
- ROSZAK, Theodore. **A contracultura: reflexões sobre a sociedade tecnocrática e a oposição juvenil**. Trad. De Donaldson M. Garschagen. Petrópolis: Vozes, 1972.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia do Direito em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996
- SALGADO, Joaquim Carlos. **Experiência da Consciência Jurídica em Roma**. R.TCMG, Belo Horizonte, v. 36, n. 1, jan./mar.2001.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de MG. 2, ed. Belo Horizonte TJMG: 1998.
- Salgado, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de MG. 2. ed. Belo Horizonte, 1998.
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2013.
- VAZ, Henrique C. Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991.

# 7

## COLABORAÇÃO PREMIADA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

(COOPERATION AGREEMENT AND ECONOMIC  
ANALYSIS OF LAW)

**Pablo Giordano Bernardi Bombardelli<sup>1</sup>**

### RESUMO

A colaboração premiada finalmente foi disciplinada no Brasil como uma técnica investigativa a partir da publicação da Lei 12.850/13, e já há elogiável precedente do STF sobre o tema. Não obstante, alastrou-se pelas mídias a informação de que o STF pode vir a guinar sua interpretação, mormente quanto à extensão dos prêmios. Se a Corte vier mesmo a revisar a questão, será essencial, para uma interpretação e aplicação eficazes da técnica investigativa, levar em conta contributos da análise econômica do direito, pois eles permeiam todo o funcionamento da colaboração premiada.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Direito e economia. Técnica especial de investigação. Teoria da escolha racional. Teoria dos jogos. Intervenção judicial nos contratos.

### ABSTRACT

Cooperation agreements have finally been regulated in Brazil as an investigative technique through the proclamation of Lei 12.850/13, and there is already a commendable precedent of the Brazilian Supreme Court on the matter. Nevertheless, the information that the Supreme

---

<sup>1</sup> Mestrando em direito constitucional na UFRGS. Advogado.

me Court may turn over its current understanding, especially as to the government's obligations, has spread through the media. If the Court actually revisits the issue, it will be essential for effective interpretation and application of the investigative technique to take into account contributions of the economic analysis of law, for they permeate the entire operation of the cooperation agreements.

**Keywords:** Cooperation agreement. Law and Economics. Special investigative technique. Rational choice theory. Game theory. Judicial intervention in contracts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Maximização de interesses; 3. Teoria da Escolha Racional; 4. Vinculação à cooperação: o contrato; 5. Teoria dos Jogos e o dilema do potencial colaborador; 6. conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

O ramo de estudos chamado Análise Econômica do Direito, longe de pretender substituir por análises e decisões econômicas o papel central dos textos normativos, das normas<sup>2</sup> e da hermenêutica, em verdade, apenas potencializa a atividade jurídica, pois oferece, para além dos já bem conhecidos “cânones dogmáticos” (popularizados desde Savigny), elementos de empiria que podem ser empregados na argumentação jurídica<sup>3</sup> presente na interpretação e aplicação do Direito.

---

<sup>2</sup> Hans Kelsen, o pai de todos os Tribunais constitucionais das atuais democracias, ainda tão cegamente atacado por tantos que confundem juspositivismo com legalismo (ou a crença na interpretação literal), há quase um século já ensinava que texto normativo não se confunde com o significado atribuído a ele, ao escrever sobre a indeterminação normativa: “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” (KELSEN, p.388)

<sup>3</sup> Há décadas Robert Alexy evidenciou a atividade argumentativa presente na interpretação e aplicação do direito. Conforme esse autor, na justificação externa, que serve para garantir a correção da justificação interna (que seria o pervasivo “silogismo jurídico”), existem ao menos seis grupos de formas de argumentos. Um deles é o das regras e formas da argumentação empírica. Segundo Alexy,

Assente que a Análise Econômica do Direito não tenciona servir-se *do* direito reduzindo-o a um instrumento da economia, mas, pelo contrário, serve ao Direito instrumentalizando o conhecimento econômico. Restaria identificar, os âmbitos jurídicos em que tal matéria tem destacada função. Um deles, como adiante expõe-se, é o mecanismo da colaboração premiada.

Apesar de já amplamente aplicada desde a publicação da Lei n.12.850/13 e de já haver um importante precedente do STF sobre o tema (HC) 127483<sup>4</sup>, essa técnica especial de investigação, devido ao pequeno decurso temporal, ainda não granjeou pacificação de contornos interpretativos na jurisprudência. A possibilidade de guinadas severas no funcionamento da colaboração premiada evidenciou-se no primeiro semestre de 2017, quando pulularam na mídia declarações (inclusive advindas de ministros da própria Suprema Corte) no sentido de o STF vir a interferir no mérito (extensão do prêmio) de acordos de colaboração celebrados no âmbito da já mundialmente conhecida operação Lava Jato. A mencionada operação consubstancia-se até agora na mais efetiva resposta estatal à corrupção sistêmica em toda a história brasileira.<sup>5</sup>

Não há dúvidas de que serão necessárias muitas outras decisões judiciais para haver uma jurisprudência pacificada quanto ao uso de tão efetivo instrumento probatório. E, ao desempenhar essa atividade, os juízes podem melhor proceder considerando seriamente alguns

---

“quase todas as formas de argumentação jurídica – igualmente quase todas as formas de argumentação prática geral – incluem enunciados empíricos.” Entre eles, há “enunciados sobre **ações, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes e futuros**. Estes enunciados podem corresponder de novo a diversas áreas da ciência, como **a Economia**, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Lingüística etc.” (ALEXY, p.228) [**grifei**]

<sup>4</sup> HC 127483, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico, Dje-021, divulgado em 03-02-2016, publicado em 04-02-2016.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Guilherme, Acordos contra corrupção e cartel de construtoras da Lava Jato recuperam R\$ 11,5 bilhões. **UOL**, 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/06/acordos-contracorrupcao-e-cartel-de-construtoras-da-lava-jato-recuperam-r-9-bilhoes.htm>> Acesso em: 1 jun. 2017.

contributos de Direito e Economia que embasam o funcionamento desta técnica investigativa.

Na colaboração premiada podem ser divisados quatro desses contributos, desde antes dela se estabelecer, ou seja, em uma fase de tomada de decisão em prol de tentar se estabelecer uma negociação com os investigadores, passando pela negociação em si (fase “pré-contratual”), até o cumprimento do acordo com sua consequente potencialização das investigações.

Esses elementos são a ideia de maximização de interesses, a Teoria da escolha racional, a função econômica do contrato e a Teoria dos jogos. Serão desenvolvidas algumas considerações sobre cada um deles para que haja alguma pré-compreensão necessária a interpretação e aplicação eficazes da colaboração premiada a partir da Lei n.12.850/13.

## 2. MAXIMIZAÇÃO DE INTERESSES

A colaboração premiada é, antes de tudo, uma técnica investigativa.<sup>6</sup> Os investigadores utilizam-na quando ela se mostra necessária para se obterem informações essenciais à persecução penal. Informações essas que não seriam alcançadas pelos métodos convencionais de investigação (situação de impasse investigativo).<sup>7</sup> É fácil perceber o ganho a ser maximizado pelos investigadores: informações sensíveis para uma persecução penal eficaz.

Do outro lado, pode-se dizer que os potenciais colaboradores pretendem evitar uma sanção estatal que já estão antevendo. Buscam,

<sup>6</sup> A própria Lei n.12.850/13 classifica-a, no art.3, como um “meio de obtenção de prova”. O STF, no acima mencionado (HC) 127483, ratificou esse entendimento.

<sup>7</sup> “A importância da colaboração surge exatamente nas situações em que os órgãos de persecução penal não lograram obter suporte probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade de investigado pelo cometimento dos fatos ilícitos, o que é muito comum quando se trata de criminalidade organizada, compartimentada na sua estruturação e na execução dos atos delituosos, ou então, nos casos em que os organizadores e financiadores do crime não têm nenhum contato com o objeto delitivo ou a execução do fato, o que é corrente nos delitos de tráfico de drogas ou de contrabando e descaminho, nos quais o transportador, conhecido popularmente como ‘mula’ é quem realiza os atos de execução.” (PEREIRA, p.208)

pelo menos, uma diminuição da intensidade da punição. Portanto, não é difícil conceber que só abririam mão do exercício do seu direito ao silêncio e passariam a empreender uma contraconduta (atividade de colaboração) se, com isso, estivessem espectando uma redução de impacto na sua liberdade e até no seu patrimônio, âmbitos em que as sanções penais têm efeito.

Não se nega que os potenciais colaboradores levam em conta os reverses acarretáveis por uma virada brusca no modo de vida (abandono da atividade delitiva para empreender a contraconduta) e pela “profunda antipatia” que será gerada entre os que antes eram seus cúmplices em atividade criminosa. Não obstante, em se decidindo pela colaboração, só resta concluir que o indivíduo, por meio de uma avaliação de “custo-benefício”, optou por maximizar sua liberdade e/ou seu patrimônio, conforme lhe franqueará uma efetiva contraconduta. Por exemplo, reduzir tempo de prisão, o modo de cumprimento (regimes) ou diminuir os valores de multas impostas.

Dessa forma, é possível compreender os prêmios da colaboração como incentivos à contraconduta do investigado, independentemente da valoração emocional ou moral que ele venha a ter sobre a atividade criminosa investigada. Em outras palavras, se se pode descobrir os fins que um potencial colaborador almejaria maximizar, pode-se pretender induzir e estimular sua contraconduta por meio da estipulação dos ganhos, sem se interferir na sua subjetividade, isto é, sem que seja pressuposto um arrependimento íntimo ou “substantivo” (algo que seria de questionável comprovabilidade).<sup>8</sup>

Por fim, em sendo possível delimitar, em cada caso concreto, os fins a serem maximizados por cada “polo” da negociação subjacente ao funcionamento da colaboração premiada, e tendo-se os limites

---

<sup>8</sup> “A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas, sim, o reflexo de um objetivo político-criminal; desse modo não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas a uma racionalidade relativa ao propósito. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos apurados, e não a que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais, motivo pelo qual o termo mais apropriado para designá-lo seria “incentivo”.” (PEREIRA, p.32)

(restrições) das condutas a serem empreendidas para tanto dados pela Lei 1n.2.850/13, poder-se-ia perguntar qual versão da Teoria da escolha racional seria melhor empregada para explicar e até avaliar a conduta de um agente racional que buscasse maximizar seus fins na arena da colaboração premiada.

### 3. TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Uma negociação só se estabelece porque as partes querem maximizar o conteúdo de algum interesse. Para tanto, cada parte efetuará escolhas racionais. Aí fica ressaltada a importância de uma Teoria da escolha racional, tanto pelo seu potencial explicativo como também por eventual caráter preditivo, ou seja, o potencial de permitir que se infira antecipada e corretamente como um agente racional se conduziria em determinada situação.

É fundamental ficar claro que não existe uma única versão da Teoria da escolha racional. Chegou-se mesmo a ser aventado que cada autor que utilizasse tal locução daria forma a sua própria concepção.<sup>9</sup> Para se afastar de uma tal indefinibilidade, Korobkin e Ulen oferecem a seguinte explicação:

The different conceptions of rational choice theory can be understood as points along a continuum of how specific and precise the predictions of the theory are. On the left side of the spectrum are “thin” conceptions of rational choice theory – that is, conceptions in which the theory is relatively undemanding and in which it is relatively easy for the behavior of actors to be consistent with the theory. On the right side of the spectrum are “thick” conceptions of the theory – that is, conceptions with more robust behavioral predictions that are more easily falsifiable by empirical evidence.<sup>10</sup>

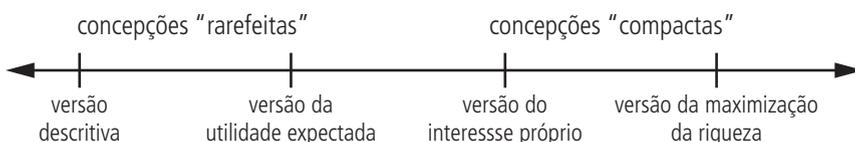
Essa exposição foi representada em um simples gráfico, cujas partes escritas traduziu-se conforme aparece na figura 1<sup>11</sup>:

<sup>9</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1060.

<sup>10</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1060-1.

<sup>11</sup> A figura original encontra-se em: KOROBKIN; ULEN, p.1061.

**FIGURA 1**  
**Espectro da Teoria da escolha racional**



A versão descritiva<sup>12</sup> simplesmente afirma que indivíduos racionais conduzem-se de forma a alcançar suas finalidades. Nada tem a dizer sobre quais meios seriam usados nem mesmo sobre quais seriam as finalidades. É uma concepção tão rarefeita que chega a ser infalsável. Afinal, segundo ela, os meios e fins da possível conduta de um indivíduo só seriam conhecíveis após o indivíduo observado ter elegido-os. Portanto, é uma concepção sem potencial preditivo.

A versão da utilidade expectada (esperada) também nada tem a dizer sobre quais seriam os fins de um agente racional. Porém, uma vez que este os determine, essa versão pretende conseguir apontar quais os meios que um agente racional adotaria para alcançá-los. A ideia central dessa concepção é que

decision makers conduct an explicit or implicit cost-benefit analysis of competing options and select the optimal method of achieving their goals (that is, the method that maximizes expected benefits and minimizes expected costs, or maximizes net expected benefits), subject to external constraints<sup>13</sup>.

Assim, em se sabendo o que um agente racional pretende maximizar, a versão da utilidade expectada pode prever quais meios seriam eleitos pelo agente (como ele se conduziria).

A versão do interesse próprio<sup>14</sup>, além de ter potencial preditivo sobre os meios a serem escolhidos pelo agente racional, pretende também conseguir determinar algo quanto aos fins: o objetivo do indivíduo seria sempre a satisfação de seu interesse próprio. No entanto, uma vez que pode ser do meu interesse próprio satisfazer o interesse

<sup>12</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1061-2.

<sup>13</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1063.

<sup>14</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1064-6.

de outrem ou mesmo conduzir-me de modo a não violar a esfera de interesses alheia (mesmo que isso acarrete alguma perda à minha), se não for empregada uma ideia sobre “interesse próprio” quase plenamente despida de empatia, essa locução nada mais seria do que um conceito indeterminado (a receber um significado em cada caso concreto). Dessa forma, a concepção da Teoria da escolha racional equiparar-se-ia à versão da utilidade expectada. Ou seja, sem potencial preditivo quanto aos fins.

A versão da maximização da riqueza<sup>15</sup>, a mais “compacta” das concepções, baseia-se na ideia de que o agente racional sempre objetivará maximizar seus ganhos financeiros. É uma versão de amplo uso para predizer o comportamento de sociedades empresariais. É fácil lembrar que humanos, por outro lado, têm muitos outros interesses, que podem até competir com o financeiro.

No âmbito da colaboração premiada, podem-se visualizar vários motivos para um indivíduo querer colaborar com a Justiça: redução de impacto no patrimônio, na liberdade ou mesmo (não se fazem necessários mas pode haver) um arrependimento íntimo – o chamado arrependimento substantivo – ou uma vontade de reparar sua imagem perante a família ou amigos. Em sendo cada humano um universo, não há como predeterminar esses motivos. Portanto, as duas versões “compactas” da Teoria da escolha racional seriam estreitas demais para se aplicarem aqui.

Não obstante, pode-se afirmar que, para decidir-se pela colaboração em vez do enfrentamento de uma investigação e do processo judicial usuais, o indivíduo perfectibilizará análises de riscos e de custo-benefício. E, uma vez iniciada uma negociação, suas finalidades (o que pretende maximizar) serão expostas na confecção do acordo. Conhecidos (*a posteriori*, portanto) os objetivos, pode-se então racionalmente avaliar e especular sobre os meios. Dessa forma, a versão da utilidade expectada (esperada) encaixa-se perfeitamente na tarefa de compreender a conduta do potencial colaborador e também a do já em atividade.

---

<sup>15</sup> KOROBKIN; ULEN, p.1066.

#### 4. VINCULAÇÃO À COOPERAÇÃO: O CONTRATO

Do ponto de vista econômico, contratos são instrumentos para se obter segurança ao se efetuarem transações em um ambiente que envolve promessas, ou seja, num ambiente de riscos (de que promessas venham a ser descumpridas).<sup>16</sup> Isso é importantíssimo porque muitas transações não se dão imediatamente (como a permuta de um pacote de erva-mate por dez reais, por exemplo), e podem mesmo ambas as partes se obrigarem a prestações que se protraem no tempo (exemplo: compra e venda de uma esperada colheita de erva-mate a ser paga só na época da poda).

Por meio do contrato, o tempo da formação das obrigações pode distanciar-se bastante do tempo de suas execuções, sem que a confiança quanto ao adimplemento fique abalada. Não houvesse a tutela dessa confiança – algo que é ensejado pela formação do contrato –, muitas negociações nem sequer aconteceriam, pois os riscos seriam impeditivos.<sup>17</sup> Além disso, contratos são também fulcrais para implementar transações que dependem de um evento futuro (que seja independente da vontade das partes), já que transações que possam parecer muito vantajosas para ambas as partes *ex ante* podem vir a não mais sê-lo *ex post*.<sup>18</sup>

Por fim, o contrato também é útil quando se lida com negociações em que há informações “ocultas” para alguma parte, pois, por meio dele, pode-se obter essas informações ampliando-se garantias para a parte que eventualmente venha a ser prejudicada pela omissão alheia em revelar (*disclose*). Assim, contratos funcionam também como mecanismos reveladores de informação<sup>19</sup>.

Podem-se resumir, até aqui, as vantagens aportadas às negociações pelo contrato da seguinte forma: ele consubstancia uma garantia contra o risco de um contratante atuar de forma a obter alguma vantagem sobre a outra parte violando o que foi combinado. Se tal ocorrer,

<sup>16</sup> COOTER; ULEN, p.283.

<sup>17</sup> COOTER; ULEN, p.285.

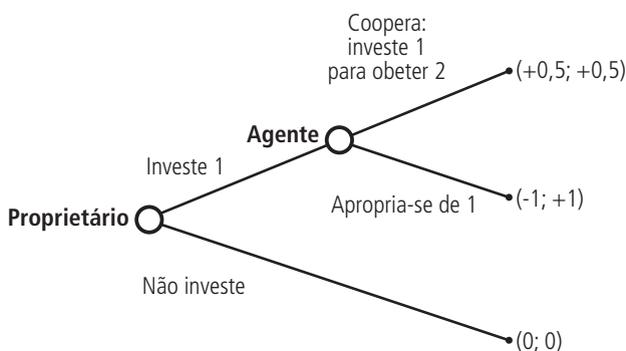
<sup>18</sup> “Economic efficiency usually requires enforcing a promise if the promisor and promisee both wanted enforceability when it was made.” COOTER; ULEN, p.283.

<sup>19</sup> COOTER; ULEN, p.360-1.

brande-se o contrato, e o Estado intervém na relação para retificá-la. Aproveitar-se-á um exemplo simples dado por Cooter e Ulen para demonstrar como o mecanismo funciona. Eles chamam-no de *agency game*, que aqui será referido por “esquema da negociação”.

## FIGURA 2

### Esquema da negociação sem contrato



Na figura 2<sup>20</sup>, há uma situação hipotética na qual não há a garantia de um contrato<sup>21</sup>, e alguém tem uma quantidade de dinheiro que pode ficar inerte ou ser investida em uma agência financeira para render. Se o proprietário decidir não investir, ele e o agente financeiro nada ganharão. Se investir, o agente poderá cooperar cumprindo o combinado, do que resultará o crescimento da quantia de 1 para 2. O acréscimo de 1 será dividido entre o proprietário e o agente, resultando em 0,5 a mais para cada um em face das posições iniciais.<sup>22</sup> Porém, o agente também poderá simplesmente não cumprir com sua parte do acordo e se apropriar da quantia depositada. Dessa forma, ele lucrará mais: 1 em vez de 0,5. Mas o proprietário perderá tudo, arcando com prejuízo de -1.

<sup>20</sup> A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.284.

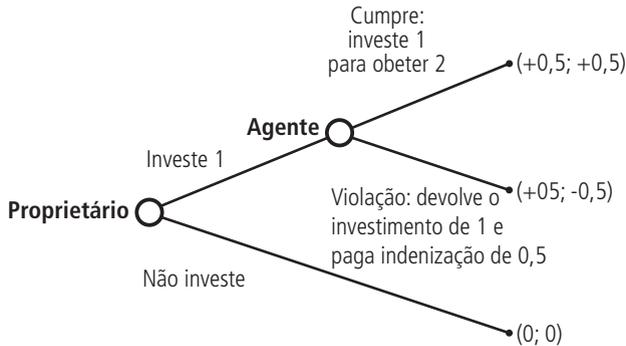
<sup>21</sup> “The barrier to an enforceable contract might be unprovable behavior, costly litigation, or bad judges.” COOTER; ULEN, p.284.

<sup>22</sup> Essa é uma solução *win-win* (“ganha-ganha”). Para se obter essa solução cooperativa, **vantajosa para ambas as partes**, é necessário um *binding commitment* (“compromisso vinculativo”), como logo adiante se explicitará.

Vejamos agora, na figura 3<sup>23</sup>, como funciona uma negociação amparada por um contrato e seus efeitos ressarcitivo e punitivo.

### FIGURA 3

#### Esquema da negociação com contrato



Se o proprietário investir, e o agente cumprir o que foi combinado, cada um terá um lucro de 0,5, da mesma forma que na figura anterior. Porém, dessa vez, a escolha de conduta por parte do agente será influenciada pela presença do contrato, que tornará a cooperação mais vantajosa para ele. Afinal, por previsão contratual, se violar o que foi combinado, terá de ressarcir a quantia investida pelo proprietário e ainda indenizá-lo em 0,5. Disso restará que o proprietário assegurará seu ganho de 0,5, e o agente que não cumprir sua promessa terá prejuízo de -0,5.

Não é difícil “intuir” que, sendo o proprietário um indivíduo minimamente racional, ele não arriscará sua posição inicial, ou seja, não fará o negócio se não estiver seguro de que não há risco de prejuízo advindo do descumprimento daquilo que combinar com o agente.<sup>24</sup>

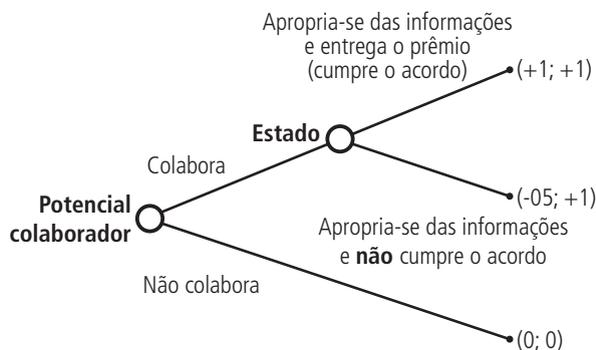
Pois bem, com base no exemplo dado, esboçar-se-á o mecanismo negocial presente na colaboração premiada, destacando-se as

<sup>23</sup> A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.285.

<sup>24</sup> “Figure 8.1 [figura 1] shows that the first player does not invest when promises are unenforceable. Figure 8.2 [figura 2] shows that the first player invests and the second player cooperates when promises are enforceable. Thus, **an enforceable contract converts a game with a non-cooperative solution into a game with a cooperative solution. The first purpose of contract law is to enable people to cooperate by converting games with non-cooperative solutions into games with cooperative solutions.**” (COOTER; ULEN, p.285) [grifei]

adaptações devidas. Afinal, os ganhos e perdas envolvidos não se resumem a pecúnia, mas envolvem informações essenciais para uma persecução penal eficaz (a serem maximizadas pelos investigadores) e abatimento de punições (a ser maximizado pelo colaborador).

**FIGURA 4**  
**Mecanismo negocial da colaboração premiada**



Na figura 4, considera-se neutra a situação do potencial colaborador que decide não colaborar. Ele nada perderá, pois poderá manter o silêncio e enfrentar o processo judicial com todas as demais garantias jurídicas. Nesse caso, a posição dos investigadores também resta qualificada como neutra, pois ela não retrogradará quanto ao material probatório já colhido, mas também não terão eles acesso a informações “privilegiadas”, o que possivelmente acarretará menor impacto (ou mesmo uma estagnação) na atividade criminosa sob investigação.

Se houver efetiva colaboração, os investigadores (Estado) terão acesso a material probatório de alta relevância, possibilitando a ampliação da intensidade da resposta estatal em face da atividade criminosa. Essa situação é representada por +1. Já o colaborador, após perfectibilizar a devida contraconduta, estará satisfeito com o prêmio acordado, situação também representada por +1. É uma solução cooperativa, com resultado *win-win* (“ganha-ganha”).

No caso da contraconduta ser efetivada conforme o acordo previa, e o Estado não honrar com sua contraprestação, restará o ganho para a atividade investigativa representado por +1, mas ao colaborador só sobrar a frustração da expectativa criada e os eventuais problemas com os participantes da atividade criminosa que auxiliou a desbaratar. Só

não se representará tal situação com -1 porque ao colaborador frustrado ainda restaria o processo judicial com suas garantias (se essas também não fossem indevidamente desconsideradas). Ainda, a posição final do colaborador frustrado poderia variar, digamos de -0,5 a -0,1, conforme o tamanho do espólio sobre seus prêmios.

É muito importante ressaltar que essa representação tem a finalidade de evidenciar o mecanismo negocial da colaboração premiada, não a de criar uma escala empírica para mensurar prêmios e frustrações do colaborador. Além disso, é fundamental lembrar aqui que quando se escreve que o Estado não cumpriu com sua parte do acordo, supõe-se uma situação em que o colaborador efetuou tudo aquilo com que se comprometeu (efetividade e eficácia da colaboração<sup>25</sup>), não uma situação em que o prêmio foi reduzido ou mesmo zerado em face da pouca ou nenhuma utilidade da conduta.

De qualquer modo, fica evidente que, em ocorrendo tal resultado (“inadimplemento estatal”) em um acordo de colaboração premiada, os agentes racionais interessados, potenciais colaboradores, posicionar-se-ão da forma que lhes for mais proveitosa: escolherão enfrentar normalmente o processo judicial em vez de arriscar uma colaboração. Afinal, é muito melhor arriscar-se a ser condenado por meio de um processo usual do que desempenhar o encargo da atividade colaborativa, antipatizar-se com os antigos cúmplices e ainda... ter de arriscar-se a ser condenado por meio de um processo usual. Ou, então, ainda ter de arcar com uma sanção maior do que aquela justificadamente esperada (caso de entrega de um prêmio menor do que aquele acordado).<sup>26</sup>

Salienta-se ainda que, no exemplo do esquema da negociação amparada por contrato (figura 3), em havendo descumprimento da promessa por parte de um dos negociantes, é o Poder Judiciário quem é

<sup>25</sup> Esses critérios aparecem na própria Lei n.12.850/13, art. 4, cabeça, e §§ 1 e 11, como condicionantes dos prêmios.

<sup>26</sup> No mencionado (HC) 127483, o STF acertadamente decidiu que “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.” (p.63 do inteiro teor do acórdão) Tal conclusão ampara-se em argumentos normativos de segurança jurídica, proteção da confiança e moralidade. Este artigo explicita como argumentos empíricos, ressaltados pela análise econômica do Direito, também fundamentam essa decisão.

chamado para retificar a situação e entregar ao negociador frustrado o que ele fundamentadamente expectava.<sup>27</sup> Já no caso de não entrega dos prêmios ao colaborador que efetivamente cumpriu com sua parte, seria o próprio Poder Judiciário que lhe negaria exatamente aquilo que motivou-o a colaborar.<sup>28</sup> A que outro poder poderia então recorrer esse colaborador indevidamente frustrado?

Essa interferência, alheia ao que pactuado, nos resultados esperados por uma das partes consubstancia-se em inafastável desincentivo à parte afetada. O risco dessa interferência também enforma a decisão de qualquer outro agente racional que vier a ocupar posição semelhante à de quem foi afetado. Afinal, “*a rational person will not voluntarily trade at a loss. So, private exchange will not occur among rational people when the net benefit is negative.*” (COOTER; ULEN, p.92)

Isso acarretaria retração da chance de futuras negociações de colaboração, pois um tal risco sempre será levado em conta antes de tudo por qualquer potencial colaborador. Será o próprio Estado, nomeadamente os juízes, por meio de cada uma de suas decisões pertinentes ao mérito de uma colaboração, que tornará esse risco desconsiderável ou suficiente para se consubstanciar um impeditivo terminal à colaboração premiada.

---

<sup>27</sup> Fernando Araújo ressalta a importância do contrato (e sua executoriedade por via judicial) em exatamente desestimular uma estratégia que vise ganhar por meio de “captura oportunista”. A captura resulta em benefícios a uma parte e, concomitantemente, prejuízos a outra. Ainda, o autor afirma que, “na ausência de informação, de incentivos à reciprocidade ou de tutela normativa os contratos tendem a não nascer” (ARAÚJO, p.50). Considerar isso é fulcral para a manutenção da funcionalidade da colaboração premiada.

<sup>28</sup> “The court’s decision simultaneously accomplishes two things. First, it resolves the dispute between the litigants – “dispute resolution.” Second, **it guides future parties who are in similar circumstances about how courts might resolve their dispute** – “rule creation.” Law and economics is helpful in resolving disputes, but it particularly shines in creating rules. Indeed, a central question in this book [*que trata sobre direito e economia, claro*] is, “**How will the rule articulated by the lawmaker to resolve a particular dispute affect the behavior of similarly situated parties in the future?**” And, “**Is the predicted behavior desirable?**” (COOTER; ULEN, p.5-6) [grifei]

## 5. TEORIA DOS JOGOS E O DILEMA DO POTENCIAL COLABORADOR

Talvez o exemplo mais famoso utilizado na explicação da Teoria dos jogos seja o “dilema do prisioneiro”, que envolve o mecanismo da barganha penal do *common law*. Primeiramente, ressalte-se que o *plea bargaining*, se bem analisado, mais difere-se do que se assemelha à colaboração premiada.<sup>29</sup> Tentar desqualificar essa técnica de investigação manejando, sem mais, as críticas cabíveis ao *plea bargaining*, pressupõe desconhecimento sobre os assuntos ou vontade de iludir. Não obstante, com fins explicativos, proceder-se-á à exposição do mecanismo de escolha estratégica envolvido no mencionado dilema (o mecanismo estratégico subjacente, esse sim, pode ser o mesmo).

Imagine-se a seguinte situação<sup>30</sup>. Dois suspeitos, presos preventivamente, têm contra cada um certas evidências de que cometeram um grave crime em coautoria. São evidências insuficientes para resultar em uma devida condenação de 7 anos de cadeia para cada, mas suficientes para o órgão de acusação imputar a cada um crime menos grave e obter uma condenação mais leve, de 1 ano para cada condenado. Ambos os suspeitos podem melhorar sua situação cooperando com a Justiça.

Se só o Suspeito 1 confessar, isto é, admitir sua responsabilidade quanto ao crime mais grave e delatar seu comparsa (que decidiria manter silêncio), estará colaborando com a Justiça e, como recompensa, será sancionado com apenas 6 meses de cadeia. O Suspeito 2, delatado e não colaborador, receberia sem desconto a maior pena, de 7 anos.

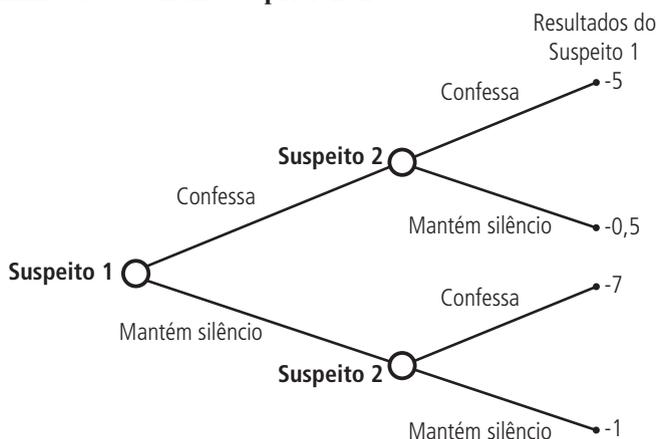
<sup>29</sup> A principal distinção talvez seja que, enquanto na *plea bargaining* a confissão do investigado é um fim em si, na colaboração processual ela é só um pressuposto para que se inicie a atividade colaborativa. Adiante restará evidenciada tal diferença. Ainda, tomando por fulcro *somente* a modalidade de colaboração consubstanciada em prestar informações sobre outros agentes criminosos (delação), também se poderia afirmar que “sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros”. (VASCONCELLOS, p.117)

<sup>30</sup> Reproduzida a partir de COOTER;ULEN, p.34-5.

Se o Suspeito 1 decidir manter silêncio, e o Suspeito 2 decidir colaborar (implica, confessar e delatar), será o Suspeito 1 quem cumprirá 7 anos de prisão, e será o Suspeito 2 quem cumprirá apenas 6 meses.

Se ambos colaborarem, terão os dois abatimentos na maior das penas, e cada um cumprirá 5 anos de prisão. Por fim, se ambos mantiverem silêncio, cada um passará 1 ano na cadeia. Cooter e Ulen oferecem o seguinte esquema no formato “árvore de decisão” (ou na forma ramificada) para esclarecer a explicação.<sup>31</sup>

**FIGURA 5**  
**Forma ramificada do dilema do prisioneiro**



O raciocínio empreendido pelo Suspeito 1 para decidir o que é melhor fazer, é o mesmo empreendido pelo Suspeito 2. Suas posições são intercambiáveis. E cada um deles está em sua cela, sem contato com o outro, pensando em como agir. Se pudessem se comunicar e continuar a planejar juntos suas atividades, talvez combinassem manter silêncio, e cada um seria condenado a 1 ano de prisão. Porém, nenhum contrato impediria que, na hora do interrogatório, um deles preferisse diminuir pela metade esse tempo (de 1 ano para 6 meses) e colaborasse. Isso renderia 7 anos de prisão para o outro.

Tendo de decidir sozinho, cada suspeito concluirá que, (1) se o outro confessar e ele mantiver silêncio, arcará com 7 anos preso; (2)

<sup>31</sup> A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.35.

se o outro confessar e ele também, arcará com 5 anos preso; (3) se o outro mantiver silêncio e ele também, cumprirá 1 ano de prisão; (4) se o outro mantiver silêncio e ele confessar, cumprirá só 6 meses.

Assim, cada suspeito percebe que ambos os possíveis resultados da escolha “confessar” são mais favoráveis do que os possíveis resultados da escolha “manter silêncio”. Optar pela conduta que, independentemente da opção alheia, lhe retorna resultados mais favoráveis é adotar a chamada “estratégia dominante”. Logo, nessa situação, confessar é a estratégia dominante. Esse é um dos mecanismos que torna a possibilidade de colaborar com a Justiça mediante incentivos (redução da punição) funcional.

Porém, conforme adiantou-se acima, a “barganha” (*plea bargaining*) não se confunde com a colaboração premiada. No dilema do prisioneiro, o prêmio é dado em troca do ensejo de haver cumprimento de pena dispensando-se atividades probatórias ulteriores. A palavra do confesso basta para condená-lo à pena reduzida. A situação do emprego da colaboração premiada é bem outra. Nela, não se objetiva substituir a atividade probatória; pelo contrário: objetiva-se potencializá-la.

Conforme a própria disciplina da Lei 12.850/13, em seu art.4, § 16, “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, nem mesmo uma sentença condenatória contra ele mesmo (a colaboração não visa a mera confissão). Portanto, ele tem de colaborar efetivamente, de modo a fornecer informações que lastreiam concretamente o conteúdo do seu depoimento.<sup>32</sup>

---

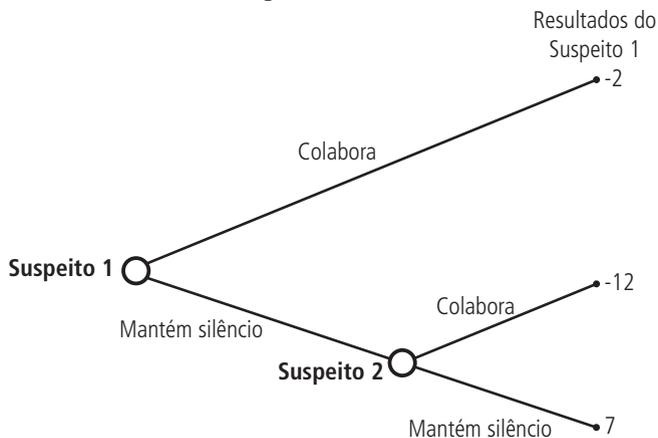
<sup>32</sup> “Não se pode admitir que o agente simplesmente forneça à autoridade policial informações sobre a consumação de delitos ou a existência de organização criminosa que não tenha nenhuma relação com os fatos pelos quais ele está sendo investigado ou acusado, pois aí, sim, haveria mera delação premiada compreendida pelo significado negativo do termo, no sentido de um veículo de vingança e entrega de diferentes, e por vezes concorrentes, grupos e agentes criminais.” (PEREIRA, p.44-5) Disso fica evidente que nem só a confissão em si nem uma delação desvinculada dela servem como prova no manejo da colaboração premiada. A confissão, tornada necessária, robustece a credibilidade das outras informações prestadas pelo colaborador. É uma dinâmica bem diferente da que ocorre na barganha do *common law*.

Ainda, o órgão da acusação, no Brasil, não tem tal liberdade ampla de atuação para denunciar um suspeito por crime menos grave do que o cometido apenas porque o material probatório é fraco. Em não havendo provas suficientes e sendo ofertada a denúncia, os resultados podem ser o não recebimento dela, uma absolvição sumária ou uma absolvição pós término de toda a instrução. Portanto, para que um investigado colabore, é de se pressupor que ele (1) possa lastrear probatoriamente o conteúdo do próprio depoimento e (2) anteveja benefícios em fazê-lo. Benefícios, claro, que não seriam obteníveis com o decurso de um processo usual. Caso contrário, ele escolheria esse processo, com todas as suas garantias e alta probabilidade de absolvição. Assim, na aplicação da colaboração premiada, nenhuma atividade probatória é cambiável por acordos. Pelo contrário: eles propiciam-na.

A partir disso, e não se afastando muito da situação analisada acima, imagine-se o seguinte quadro. Dois investigados, no Brasil, cometeram crimes que podem resultar para cada um uma condenação de até 7 anos de prisão. Com sua atuação, prestavam serviço a uma organização criminosa cujas atividades são muito mais vultosas do que as suas tomadas isoladamente, mas nada se conseguiu provar sobre a organização.

Cada um dos investigados sabe sobre as atividades desempenhadas pelo outro e também tem conhecimento sobre as atividades da organização criminosa. Cada um deles, colaborando com a Justiça, pode melhorar sua situação – o risco de 7 anos de prisão –, reduzindo a pena para 2 anos. O investigado que se tornar colaborador (Suspeito 1), para receber os prêmios, terá de efetivamente prestar informações sobre o outro investigado e sobre o resto da atividade criminosa. Uma vez que faça isso, o outro investigado (Suspeito 2) teria dificuldades em se beneficiar fazendo o mesmo, pois as informações que prestaria já seriam de conhecimento dos investigadores. Além disso, sua condenação poderia chegar a 12 anos, devido às provas ulteriores, oriundas da colaboração do Suspeito 1.

**FIGURA 6**  
**Forma ramificada do dilema do potencial colaborador**



Esboça-se abaixo, em forma ramificada, essa problemática, que aqui se denomina “dilema do potencial colaborador”.

Fica evidente que, em se tratando de investigados de um mesmo “nível hierárquico” ou mesma função na atividade criminosa, aquele que colaborar antes colocar-se-á em posição vantajosa em face dos demais. Portanto, a tempestividade pesa na tomada de decisão de um potencial colaborador.<sup>33</sup>

Ainda, diferentemente do que ocorre no tradicional “dilema do prisioneiro”, o potencial colaborador, dependendo de como decidir agir, pode mesmo neutralizar um possível movimento do outro agente racional. É o caso, acima esboçado, de quando ele colabora exaurindo as informações a serem prestadas. Isso deixa muito evidente qual é a estratégia dominante para um potencial colaborador.

Deve-se lembrar que tal configuração só é possível porque, diferentemente do funcionamento da barganha do *common law*, a cooperação da colaboração premiada **não** se estabelece para substituir um julgamento com poucas provas jungido ao risco de altas penas

<sup>33</sup> A isso ainda se agregam as vantagens de origem normativa para quem se apresurar em colaborar: a Lei 12.850/13 apresenta pelo menos três amplas graduações de prêmios, em ordem decrescente, conforme a colaboração ocorra antes do oferecimento da denúncia (art. 4, § 4), antes da sentença (art. 4, cabeça) ou após ela (art. 4, § 5).

por uma confissão atrelada a uma pena menor.<sup>34</sup> Para corolário (já mencionado acima): a colaboração premiada visa possibilitar investigações ulteriores, não substituí-las.

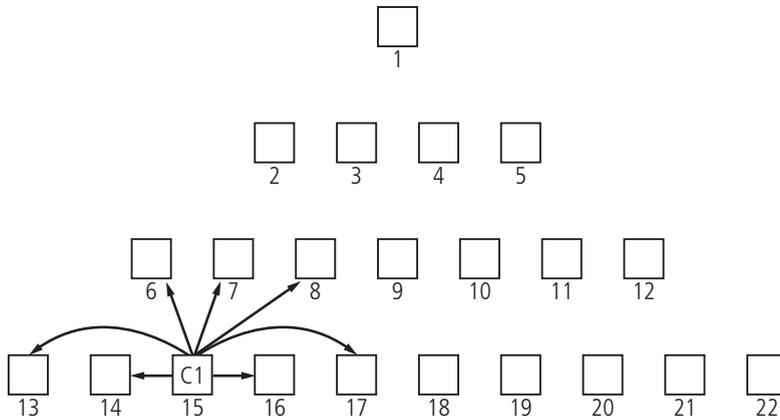
Uma consequência do uso da colaboração para se alcançar provas novas (caso brasileiro) é o seu potencial de penetração na antes invisível estrutura da organização criminosa. Afinal, se o colaborador fosse premiado meramente por se admitir responsável (confissão), a investigação correria o risco de se estancar aí. Diferentemente disso, no Brasil (como já se explicitou acima) não há colaboração com base apenas na palavra do pretense colaborador: ele terá de agir de modo que confira efetividade à investigação, ou seja, prestar informações lastreadas, que levem a elementos probatórios concretos. Dessa forma, outros participantes da atividade criminosa poderão ser implicados.

Além disso, a cada vez que uma colaboração se perfectibilizar, eventual novo colaborador terá de trazer informações novas para obter os mesmos (ou maiores) benefícios, pois os investigadores não se contentarão apenas em “descobrir” o que já sabem. Isso acarreta grande potencial de alastrar a investigação para dentro da estrutura criminosa. Veja-se uma representação disso a seguir, composta pelas figuras 7, 8 e 9.

---

<sup>34</sup> Uma análise bem fundamentada da avaliação de riscos, custos e benefícios considerados pelos investigados, defensores e órgãos acusatórios ao optarem ou não pelo *plea bargaining*, encontra-se em GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**. In: GAROUPA, Nuno (organizador). *Criminal law and economics*. Northampton/MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009. Destaca-se, por interessante, que os autores concluem que, mesmo em face da possibilidade de inocentes virem a negociar uma confissão para evitar o risco de uma condenação via processo judicial (algo impossível no âmbito da colaboração premiada), o instituto de justiça negocial ainda assim é mais vantajoso para os investigados (tanto que optam amplamente por usá-lo) e que eventuais correções deveriam, em verdade, focar o processo de julgamento (altamente arriscado para o réu), não o *plea bargaining*. Dessa forma, se mesmo no *common law*, onde é utilizado o *plea bargaining*, emergem dúvidas quanto a uma suposta precarização da posição do investigado por meio desse instituto, imagine-se brandar essa crítica contra a colaboração premiada, que é algo bem distinto do *plea bargaining*. Pareceria tratar-se de desconhecimento ou de desonestidade intelectual.

**FIGURA 7**  
**Resultado da primeira rodada de colaboração**



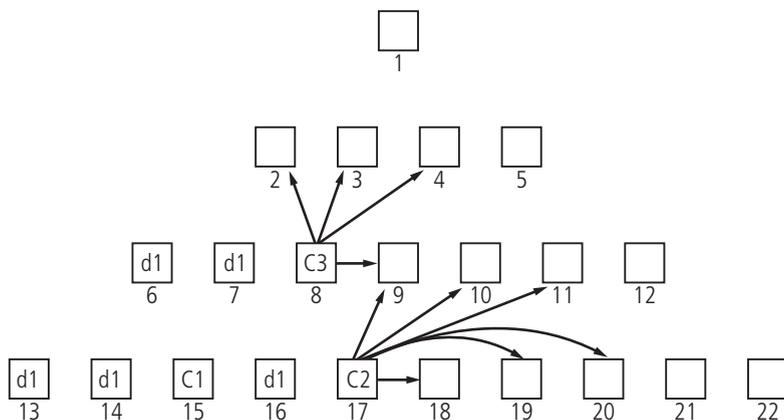
Na figura 7, estão representados os 22 agentes de uma organização criminosa posicionados conforme a hierarquia e a proximidade entre uns e outros durante o desempenho das atividades. Ressalta-se que nenhum investigador teria de pronto noção sobre o tamanho e a estrutura da organização. Representa-se assim, de forma já completa e esquematizada, por fins explicativos.

Em se tratando de criminalidade organizada<sup>35</sup>, há voluntariamente certa compartimentação de informações, de modo que os agentes da linha de base (13 a 22) desconhecem qualquer agente da segunda ou primeira linha (1 a 5) e também não têm contato com mais do que, digamos, quatro indivíduos do mesmo nível hierárquico.

Por meio dos métodos convencionais de investigação, o Estado obtém provas suficientes para condenar o agente 15 por vários crimes. Em havendo a opção de colaborador com a Justiça, o agente 15 (agora representado por C1 – colaborador 1) o faz efetivamente, do que resultam provas suficientes para condenar três agentes de quem o 15 recebia tarefas a cumprir e quatro agentes que desempenhavam funções semelhantes às do 15.

<sup>35</sup> Além da organização, a criminalidade moderna caracteriza-se pela estabilidade, presença de muitos agentes, atividades planejadas e voltadas ao lucro; e não se consegue mais resumi-la à clássica ideia oitocentista de crime com dois sujeitos, ativo e passivo, individuais. Conferir: BALTAZAR JÚNIOR, p.123.

**FIGURA 8**  
**Resultado da segunda rodada de colaboração**



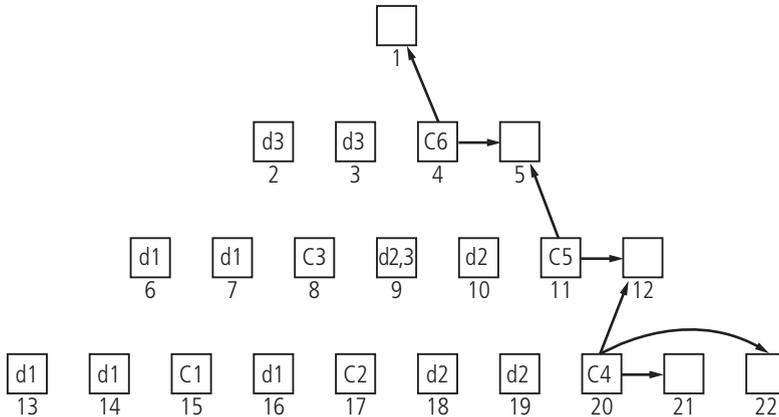
Conforme esboçado na figura 8, objetivando melhorar sua situação, os agentes 8 e 17 adiantam-se e colaboram com a Justiça. Os investigadores, compreensivelmente, não terão interesse em negociar prêmios por informações sobre os agentes cujas responsabilidades já foram suficientemente esclarecidas (todos os “d1” – delatados por C1)<sup>36</sup>, então resta ao 8 e ao 17 informarem sobre outros envolvidos. O agente 17 (agora C2 – colaborador 2) delata os restantes do mesmo nível hierárquico sobre quem tinha conhecimento e ainda não estavam envolvidos na investigação, e delata também os dois agentes de nível hierárquico superior que conhecia e sobre os quais ainda não havia provas. O agente 8 (C3 – colaborador 3), da mesma forma, delata um comparsa de mesmo nível e três de nível superior ao dele. Duas colaborações simultâneas implicam o agente 9, o que é usual e até robustece o material probatório.

Restam poucos agentes para que todos os indivíduos da organização criminosa sejam responsabilizados, o que sempre causa um natural “empuxo” para que agentes de nível hierárquico cada vez mais alto sejam implicados em eventuais novas colaborações.

<sup>36</sup> Entretanto, nada obsta que também venham a ser aproveitadas informações sobre agentes cujas atividades já sejam conhecidas pelos investigadores, com intuito de reforço do conteúdo probatório.

Imagine-se então que os agentes 4, 11 e 20 colaborem com a Justiça. Da contraconduta deles, restam delatados os únicos sobre os quais ainda não havia provas suficientes. Nessa terceira rodada de negociação, o chefe da organização é responsabilizado. Veja-se a figura 9.

**FIGURA 9**  
**Resultado da terceira rodada de colaboração**



Nesse exemplo propositalmente genérico e abstrato (fins didáticos), por meio de 6 acordos de colaboração premiada, restaram 22 pessoas responsabilizadas criminalmente e toda uma organização criminosa exposta e neutralizada. Se os investigadores não dispusessem da técnica da colaboração, a investigação poderia não ter avançado além da responsabilização do agente 15.

## 6. CONCLUSÃO

As decisões dos juízes atribuem significado aos textos normativos. Ao preencherem essa “moldura”, muitas vezes, eles utilizam o cânone da finalidade da norma. Se assim o fizerem quando julgarem o mérito das colaborações premiadas (a extensão do prêmio), tanto uma finalidade legal – a possibilitação da persecução penal em situações de prova difícil – como uma finalidade constitucional – suficiente tutela de todos os bens jurídicos que uma persecução penal eficaz promove – requerem o pleno funcionamento dessa técnica investigativa.

A análise econômica do direito revela que isso depende de (1) um julgamento de mérito fulcrado na efetividade da contraconduta e da (2) inoportunidade de intervenção judicial indevida na extensão do prêmio pactuado entre investigadores e colaborador, uma vez que esse tenha efetivamente cumprido o que prometeu.

Esclarecidos os mecanismos negociais e estratégicos da técnica da colaboração premiada, pode-se entender como eles fizeram da acima mencionada “Lava Jato”, a primeira grandiosa operação anticorrupção amplamente eficiente da história do Brasil. E também compreende-se como a desconsideração judicial do que foi acordado entre investigadores e colaboradores poderia torná-la a última.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a Teoria do discurso racional como Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. **Law and behavioral science**: removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, v. 88, p.1051-1144, 2000.

GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**. In: GAROUPA, Nuno (organizador). *Criminal law and economics*. Northampton/MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

# 8

## DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

(CRIMINAL LAW AND CONSTITUTION: ABOUT THE  
CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW)

**Reinaldo Daniel Moreira<sup>1</sup>**

### RESUMO

O presente artigo analisa a necessária relação entre o Direito Penal e a Constituição, como fundamento de validade de uma intervenção punitiva legítima em um Estado Democrático de Direito. Em um primeiro momento, será analisado o fenômeno de constitucionalização do Direito Penal. A seguir, o artigo discorre sobre as consequências da constitucionalização do sistema penal, através de princípios que delimitam a punição estatal e definem seus contornos de racionalização e de seleção de bens jurídicos a serem tutelados. Conclui-se que o Direito Penal extrai sua legitimidade a partir de sua adequação aos valores constitucionais.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Constitucionalização. Princípios constitucionais penais. Proporcionalidade. Mandados de criminalização.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela UERJ.

## ABSTRACT

This article analyzes the necessary relationship between Criminal Law and the Constitution, as a basis for the validity of a legitimate punitive intervention in a Democratic State under the Rule of Law. In a first moment, the phenomenon of constitutionalisation of Criminal Law will be analyzed. The article then discusses the consequences of the constitutionalization of the penal system, through principles that delimit the state punishment and define its contours of rationalization and selection of juridical goods to be protected. It is concluded that Criminal Law draws its legitimacy from its adequacy to constitutional values.

**Keywords:** Criminal Law. Constitutionalization. Criminal constitutional principles. Proportionality. Criminalization warrants.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Direito Penal e Constituição; 3. A constitucionalização do Direito Penal; 3.1. Direito Penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais; 3.2. Princípios constitucionais em matéria penal; 3.3. Constituição e bem jurídico-penal; 3.4. Princípio da Proporcionalidade e Direito Penal; 3.5. Mandados de tutela penal na Constituição; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise do fenômeno da constitucionalização do Direito Penal e suas implicações no sistema criminal. Busca-se demonstrar que a legitimidade do sistema punitivo estatal decorre de sua adequação aos ditames constitucionais.

O método de abordagem da questão será o dedutivo, por melhor se adequar aos objetivos propostos. Parte-se da intrincada e necessária relação entre a Constituição e o Direito Penal, mormente sob a égide de um Estado Democrático de Direito. São analisados a seguir aspectos atinentes à leitura do sistema penal nos moldes da Constituição, e sua importância na edificação de um sistema penal comprometido com os valores constitucionais, legitimadores da atuação do aparato punitivo estatal.

No que tange ao tipo de investigação, pela própria índole da pesquisa que se pretende levar a efeito, o enfoque assumirá um cunho

eminentemente teórico, trabalhando-se aspectos conceituais e doutrinários pertinentes ao Direito Penal.

Quanto às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, recorrendo-se principalmente à pesquisa doutrinária, em livros e periódicos especializados, voltados ao estudo do Direito Penal e do Direito Constitucional.

## 2. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O século XVIII representou um marco, uma mudança de referencial para todos os setores do pensamento e da produção cultural humana. Em resposta aos exacerbos representados pelo Estado absolutista, os arquitetos da contemporaneidade visaram à construção de um sistema de liberdades, em atendimento ao que naquele contexto mais se aspirava por justo. O Estado passou a conhecer limites no processo de conquista e afirmação da liberdade individual, em uma esfera tocante à autonomia e autodeterminação do cidadão, um âmbito excludente, totalmente imune à intervenção de terceiros – inclusive do aparato estatal. Ganha sentido a noção de constitucionalismo, como “técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”<sup>2</sup>.

O aparato estatal passa a contar, então, com limites nos ditames e referenciais impostos pela ordem jurídica, mormente através da Constituição. Sob a égide de um Estado de Direito, a Constituição é a base de legitimação e de limitação do poder constituído, de abertura e de contenção do poder estatal, ao mesmo tempo em que é fonte doadora de sentido de toda a legislação infraconstitucional<sup>3</sup>. Assim, a

<sup>2</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49. Ainda: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Colección Maestros del Derecho Penal: v. 03. Buenos Aires: B de F, 2001, p. 105.

<sup>3</sup> FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831-836. E também: BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos

Constituição é o fundamento de validade e constitui fator de unidade da ordem jurídica, definindo o perfil e o quadro de valores fundantes do Estado<sup>4</sup>.

No caso brasileiro, a experiência do constitucionalismo passou por fases de percalços, com ascensões totalitárias e períodos de viva experiência democrática<sup>5</sup>. Todavia, indubitavelmente a grande reafirmação dos pilares do Estado Democrático de Direito teve lugar com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Constitui até redundância falar da significação dessa nova concepção, de um revigorado Estado Democrático de Direito instaurado com o advento da Constituição da República de 1988, no âmbito penal<sup>6</sup>. Este é, por evidência, o ramo jurídico que aflige de forma mais marcada e incisiva o direito à liberdade do cidadão. Não sem razão, pode-se dizer que, em uma ordem democrática, “a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*”<sup>7</sup>. Notória, pois, a necessária relação entre o sistema penal e da Constituição, sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

### 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O fenômeno de constitucionalização do Direito parte da noção de que as normas infraconstitucionais devem ter por referenciais obrigatórios os princípios e regras que promanam da Constituição. O Direito infraconstitucional deve ser interpretado e aplicado em consonância com os ditames constitucionais. Nessa linha, Riccardo

---

Aires: Hammurabi, 1999, p. 231.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

<sup>5</sup> Acerca do tratamento da temática afeta ao sistema penal nos diversos textos constitucionais brasileiros, vale conferir: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 17 e seguintes.

<sup>6</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 22.

<sup>7</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Das bases constitucionais do direito penal**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002, p. 41-42.

Guastini propõe entender a constitucionalização do Direito como um processo de transformação de um ordenamento jurídico, ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais<sup>8</sup>. Ou, na lição de Luís Roberto Barroso: “A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. E, em decorrência, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”<sup>9</sup>.

Constitucionalização é, assim, a leitura do ordenamento jurídico sob o prisma constitucional. Afinal, a interpretação e a aplicação dos mais diversos ramos do Direito infraconstitucional não podem distar dos imperativos constitucionais.

Nessa trilha, o constitucionalismo conduziu ao entrelaçamento entre os valores constitucionais e o conteúdo nuclear do Direito Penal<sup>10</sup>. Torna-se notório o influxo dos valores constitucionais, consignados em princípios e regras que constituem verdadeiro fundamento de validade da intervenção punitiva estatal<sup>11</sup>. Assim, a leitura do sistema penal sob o prisma de uma Constituição libertária, como a Carta de 1988, implica verdadeira mudança de paradigmas.

Notas claras dos influxos da ordem constitucional brasileira no âmbito penal são noticiadas por Luciano Feldens, ao apontar que por quase uma centena de vezes a Constituição de 1988 se vale de expressões diretamente relacionadas ao Direito Penal. E conclui no sentido de que “o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é,

---

<sup>8</sup> GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** Traducción de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 12-13.

<sup>10</sup> BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 33-35.

antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição<sup>12</sup>. Ou, nas palavras de José Frederico Marques, “o legislador ordinário, quando revela pela fonte formal da lei promulgada as normas penais, deve obedecer ao sentido político da Constituição vigente e obedecer às limitações que esta fixa e estabelece<sup>13</sup>”.

A seguir, serão analisados alguns aspectos decorrentes do fenômeno de constitucionalização do Direito Penal.

### 3.1. Direito Penal como instrumento de tutela de Direitos Fundamentais

A forma como um Estado trata do fato definido como crime permite delinear seu perfil de organização e grau civilizatório. O Direito Penal é tema político por excelência e está diretamente relacionado com a organização política do Estado<sup>14</sup>. Retrata a relação, na maioria das vezes tensa, entre o aparato repressor do Estado e o indivíduo<sup>15</sup>. Como afirma Cláudio Brandão, “a Justiça Criminal, por ser a concreção da essência opressiva do Estado, é um indicador extremamente sensível do sistema político social operante<sup>16</sup>”. Não sem razão, desde o século XVIII as constituições compromissadas com o ideal democrático consagram princípios de garantia, pertinentes a matérias de índole penal. Instâncias de resguardo da liberdade individual tornaram-se cada vez mais vigorosas, visando à racionalização do exercício do poder punitivo do Estado.

As ideias norteadoras de um Estado Democrático de Direito tornaram-se fatores irradiadores de legitimidade para todos os ramos do

<sup>12</sup> FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 836.

<sup>13</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 01, atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997, p. 58.

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 07. E também: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114-116.

<sup>15</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 17.

<sup>16</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

Direito, o que se torna muito nítido no âmbito penal. E, em um contexto de reafirmação das garantias da liberdade individual em quilate constitucional, imperioso que se conclua, com Alessandro Baratta, no sentido de que: “O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados”<sup>17</sup>.

Nessa vertente de ideias, pode-se asseverar que, nos tempos modernos, o Direito Penal passou a assumir a função principal de tutela de direitos fundamentais<sup>18</sup>. É nesse sentido a proposta de Alessandro Baratta, de um esforço de radical releitura do sistema penal sob a ótica do sistema dos direitos fundamentais e de todo o edifício normativo constitucional<sup>19</sup>. O Direito Penal deve, pois, ser operacionalizado de modo a proteger os direitos fundamentais dos envolvidos na cena penal<sup>20</sup>.

Luciano Feldens assevera que Constituição e Direito Penal compartilham um entrelaçamento axiológico-normativo, cujas linhas compreensivas enfeixam-se em torno de uma correspondência de fins. O Direito Penal e a Constituição encontram-se materialmente vinculados quanto ao ideal de concretização e tutela de direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição apresenta-se como um quadro referencial obrigatório para a atividade punitiva do Estado<sup>21</sup>, definindo as

<sup>17</sup> BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. de Ana Lucia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, fascículo 5, p. 6-23, jan./mar. 1994, p. 23.

<sup>18</sup> LUISI, Luiz. **Filosofia do direito**: ensaios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 146.

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Trad. de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, fascículo 29, jan./mar. 2000, p. 45.

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried. **Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania**. Trad. de Francisco Munhõz Conde, *Doxa* n. 8, 1990, p. 181. E ainda: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, cit., p. 121.

<sup>21</sup> FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 837.

bases de um modelo constitucional de intervenção penal, implicando, assim, a releitura das disposições legais, a fim de adequá-las à moldura de valores consagrada na Constituição<sup>22</sup>.

Nessa ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição da República como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, deve ser tomado como ponto de partida para a compreensão do modelo constitucional de intervenção punitiva estatal. Pode-se afirmar que “a dignidade da pessoa humana constitui o epicentro do sistema que confere legitimação antropológica ao poder repressivo penal”<sup>23</sup>.

A valoração constitucional do Direito Penal implica sua leitura não somente como instrumento limitador da liberdade, mas, também, como instrumento de salvaguarda da liberdade individual contra agressões provenientes do Estado ou de particulares<sup>24</sup>. Assim, o Direito Penal se transforma de restritivo a garantidor da liberdade. Algo que se aconselha à clássica formulação de Franz Von Liszt, ao apresentar o Código Penal como Magna Carta do delinquente, um instrumento de garantia, e não apenas de repressão, como bem lembra Claus Roxin<sup>25</sup>. “Portanto, a lei penal não representa a definição do conteúdo da liberdade individual garantida pelos direitos fundamentais, senão um conjunto de intervenções no exercício desta liberdade, que em todo caso devem estar justificadas pela proteção de outros direitos e bens jurídicos”<sup>26</sup>. É no âmbito do Direito Penal que se traçam os limites da intervenção punitiva estatal legítima, e que deve ser conforme aos direitos fundamentais.

<sup>22</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: parte geral**. Niterói: Impetus, 2004, p. 66.

<sup>23</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Op. cit, p. 73. E também: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 396-404.

<sup>24</sup> PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 18

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 03.

<sup>26</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **O princípio da proporcionalidade da legislação penal**. Trad. de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 812-813.

### 3.2. Princípios constitucionais em matéria penal

Princípio, segundo entendimento corrente em doutrina, “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”<sup>27</sup>. As constituições, a partir do século XVIII, passaram a prever uma série de princípios tocantes à matéria criminal<sup>28</sup>. E, expressando sua índole de instrumento de salvaguarda de direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 elenca, sobretudo no art. 5º, extenso rol de garantias fundamentais, muitas diretamente pertinentes à intervenção penal, limitando o exercício do *ius puniendi* e emprestando-lhe legitimidade<sup>29</sup>.

Extraem-se da Constituição princípios de caráter penal explicitamente formalizados no texto constitucional, e outros, sem consagração expressa, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, nos moldes do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, e ainda princípios decorrentes da opção por um Estado Social e Democrático de Direito<sup>30</sup>. Pode-se concluir que “todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”<sup>31</sup>.

Decorrem do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por exemplo, as proibições de penas cruéis, de desrespeito

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748. Não constitui objeto do presente trabalho discorrer acerca da distinção entre princípios e regras. Para uma análise detida do assunto: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>28</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 12.

<sup>29</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral, cit., p. 37-38. E também: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*, cit., p. 73. E ainda: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Op. cit., p. 79.

<sup>30</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37-46. E ainda: PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 22 e seguintes.

<sup>31</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. cit., p. 73.

à integridade física e moral do sujeito alvo da intervenção punitiva estatal, de pena de morte e de sanções penais de caráter perpétuo. Ainda garantidores da liberdade individual face à intervenção penal são os princípios da legalidade, da não retroatividade da norma penal incriminadora, da proporcionalidade e da individualização da pena<sup>32</sup>. Os princípios constitucionais, em matéria penal, constituem, pois, importantes fatores de limitação e racionalização da intervenção punitiva estatal.

### 3.3. Constituição e bem jurídico-penal

Segundo entendimento prevalente, o Direito Penal tem por missão proteger bens jurídicos imprescindíveis para a convivência humana em sociedade e que, por sua importância, são dignos da tutela penal (o bem jurídico-penal)<sup>33</sup>. Constitui garantia fundamental do sistema criminal moderno a exigência de que o Direito Penal intervenha exclusivamente na proteção de bens jurídicos<sup>34</sup>.

O bem jurídico objeto da tutela penal é “um produto da sociedade, o que limita a intervenção do Direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral, ou mesmo para realizar finalidades transcendentess<sup>35</sup>. Assim, a noção de bem jurídico-penal constitui fator de racionalização e limitação da intervenção punitiva estatal.

<sup>32</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. cit., p. 399.

<sup>33</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general – volumen primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 09-10. E ainda: MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95-97. Em sentido diverso, vale mencionar: JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal**: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. de Manuel Cancio Meliá e Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís *et. al.* *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 406.

<sup>35</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35. E também: HASSEMER, Winfried.

Na definição de Claus Roxin, bens jurídicos são “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”<sup>36</sup>. Em síntese, pode-se dizer que “a noção de bem jurídico-penal corresponde à identificação de objetos concretos de tutela penal”<sup>37</sup>, daqueles bens considerados relevantes, a ponto de justificar a resposta penal.

A eleição dos bens alvos da tutela penal sujeita-se às mudanças históricas e ao condicionamento pelas estruturas socioculturais<sup>38</sup>. Todavia, guarda intrincada relação com os ditames constitucionais. Afinal, como adverte Luiz Regis Prado, “a relação entre a Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem naquela suas raízes materiais”<sup>39</sup>. Assim, “as normas constitucionais têm [...] considerável importância para a Constituição e a valoração de bens jurídicos a serem penalmente protegidos”<sup>40</sup>.

A tipificação de condutas delitivas e a fixação da respectiva pena se inserem no exercício da política legislativa, sendo atribuição do legislador. Todavia, a discricionariedade legislativa no exercício do *jus puniendi* e determinação do conteúdo da lei penal e bens jurídicos a serem tutelados comporta limites, devendo respeito aos direitos

---

*Introdução aos fundamentos do direito penal.* Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 56.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal.** Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19. Na mesma linha: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

<sup>37</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**, cit., p. 287.

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 437.

<sup>39</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 01. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

<sup>40</sup> NEUMANN, Ulfrid. **Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal.** Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.* São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 527.

fundamentais e imperativos constitucionais<sup>41</sup>. Segundo Claus Roxin, a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição<sup>42</sup>.

Janaina Conceição Paschoal identifica três perspectivas doutrinárias acerca da relação entre a eleição de bens a serem alvos de tutela penal e a Constituição. Para dado segmento doutrinário, a Constituição funciona como limite negativo ao Direito Penal, de modo que é admitida toda criminalização que não implique desrespeito ao conteúdo constitucional. Outros, por sua vez, imprimem um limite maior ao legislador infraconstitucional, tendo a Constituição como limite positivo ao Direito Penal, ou seja, apenas os bens reconhecidos pelo constituinte como caros à sociedade justificam a tutela penal. Por fim, “há aqueles que estreitam ainda mais a incidência da norma penal, na medida em que não se contentam com a dignidade constitucional do bem, condicionando a proteção penal à natureza de direito fundamental do bem a ser tutelado<sup>43</sup>.”

De todo modo, é na Constituição que se encontram os referenciais de eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

### 3.4. Princípio da proporcionalidade e Direito Penal

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido pela Teoria constitucional germânica e encontra-se implícito na Constituição da República de 1988<sup>44</sup>, decorrendo do princípio do Estado de Direito<sup>45</sup>. A

<sup>41</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 807-813. E também: BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional do direito penal**. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., p. 55-56.

<sup>43</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 08-09.

<sup>44</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2007, p. 26-27. E também: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 435.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313.

proporcionalidade se volta para a relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios para sua consecução. Ou seja, confronta-se o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível o controle de eventual excesso. Assim, a proporcionalidade desempenha papel fundamental no controle do exercício do poder legítimo e na tutela da liberdade<sup>46</sup>, pelo que tem relação direta com a limitação e a racionalização da intervenção penal.

O princípio da proporcionalidade comporta três subprincípios ou princípios parciais, a saber, o subprincípio da adequação ou da idoneidade, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>47</sup>.

Conforme pontua a doutrina, “de acordo com o subprincípio da idoneidade, toda lei penal, como intervenção na liberdade geral de ação e outros direitos fundamentais, deve ser idônea para fomentar um objetivo constitucionalmente legítimo”<sup>48</sup>. A indagação que deve ser feita, em matéria penal, é se a pena criminal é um meio adequado para a proteção do bem jurídico a ser tutelado<sup>49</sup>.

Sob a ótica do subprincípio da necessidade, “para que uma intervenção penal nos direitos fundamentais seja necessária, não deve existir nenhum outro meio alternativo que revista pelo menos da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto e que seja mais benigno com o direito afetado”<sup>50</sup>. Ou seja, deve-se aferir se a pena criminal é um meio necessário para realizar o fim de proteção do bem jurídico.

Por fim, “de acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, para que uma intervenção penal na liberdade ou nos demais direitos fundamentais seja legítima, o grau de realização do objetivo da intervenção (quer dizer, de proteção do bem jurídico) deve

---

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 393 e 395.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 407. E também: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 396-398.

<sup>48</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 823.

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27.

<sup>50</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 824.

ser pelo menos equivalente ao grau de afetação da liberdade ou do direito fundamental<sup>51</sup>. Indaga-se, então, se a intervenção criminal é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico<sup>52</sup>. Assim, a intervenção penal é proporcional apenas se ocorre “em nome da proteção das condições fundamentais da vida em comum e para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra elas”<sup>53</sup>.

Atuando como fator de legitimidade e de racionalidade da intervenção penal, o princípio da proporcionalidade proíbe penas excessivas e desproporcionais em face do desvalor da ação ou do desvalor do resultado do fato punível<sup>54</sup>. “Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta”<sup>55</sup>.

Fala-se, pois, em a) proporcionalidade abstrata ou legislativa, voltada para o momento de eleição, pelo legislador, das sanções mais apropriadas e a graduação da reprimenda penal; b) proporcionalidade concreta ou judicial, voltada para o momento de individualização da pena no momento de aplicação da sanção pelo juiz; e c) proporcionalidade executória, que tem por foco a individualização da pena na fase de execução penal, com parâmetro no mérito do condenado, por exemplo, progredindo ou regredindo de regime de cumprimento de pena<sup>56</sup>.

Pode-se afirmar, em síntese, que “através do princípio da proporcionalidade os fins do Direito Penal se conectam ao fato cometido pelo delinquente, repelindo-se as cominações penais (proporcionalidade abstrata) ou a imposição de penas (proporcionalidade concreta)

<sup>51</sup> Ibidem, p. 824.

<sup>52</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27.

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 407.

<sup>54</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27. Na mesma linha: MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 104-106.

<sup>55</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, cit., p. 152.

<sup>56</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, cit., p. 49.

que careçam de qualquer relação valorativa com tal fato, contemplado na globalidade de seus aspectos<sup>57</sup>.

Ainda se insere como variável do princípio da proporcionalidade a chamada proibição da proteção deficiente. A resposta criminal, ante a conduta que merece a intervenção punitiva estatal, não pode ficar aquém do devido<sup>58</sup>. Ou seja, se de um lado deve ser combatida a resposta penal excessiva, “ou outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos<sup>59</sup>”.

### 3.5. Mandados de tutela penal na Constituição

Como acima referido, por diversas vezes a Constituição da República traz disposições que tocam diretamente a matérias de índole penal. Exemplos disso são as chamadas “cláusulas expressas de penalização”<sup>60</sup> ou mandados de criminalização.

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição comportam uma dimensão objetiva, representando valores ou fins a serem perseguidos pela comunidade, influenciando todo o direito positivo<sup>61</sup>. Assim, segundo leciona Gustavo Binbenbom, “os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo Direito, pelo

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 397.

<sup>58</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 827. Para uma análise mais detida da questão: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais**: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, Madrid, 2006, p. 333 e seguintes.

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, cit., p. 47. Interessante análise da questão, pelo STF, encontra-se no HC 102087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 28/02/2012, publ. DJe-159, divulg. 13-08-2012, public. 14-08-2012, republicação DJe-163, divulg. 20-08-2013, public. 21-08-2013, ement. vol. 02699-01, p. 01.

<sup>60</sup> PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 103.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais**: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, cit., p. 324 e seguintes.

Estado e por toda a sociedade”. E, em decorrência, passa-se a exigir do Estado “não apenas uma abstenção, mas também condutas positivas de proteção e promoção” dos direitos fundamentais<sup>62</sup>.

Nesse cenário, como expressão no campo jurídico-penal do dever de proteção estatal, surgem os mandados expressos de tutela penal. Segundo noticia Luiz Luisi, “as Constituições europeias do após guerra tem sido parcimoniosas nessas indicações criminalizadoras [...]. A nossa vigente Lei Magna nesta função de ‘propulsão’ foi por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos”<sup>63</sup>.

Podem ser mencionados os seguintes dispositivos da Constituição de 1988: a) art. 5º, incisos XLII (punição do racismo como crime inafiançável); b) XLIII (penalização da tortura, do terrorismo, do tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes considerados hediondos); c) art. 7º, inciso X (retenção dolosa do salário do trabalhador); e d) art. 225, §3º (penalização de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente)<sup>64</sup>.

Em tais casos, a Constituição considera a importância dos bens alvo da tutela penal e a necessidade da pena como instrumento de proteção destes bens, em vista do contexto sociopolítico e valores inspiradores da elaboração do texto constitucional<sup>65</sup>. Nesses casos, como concretização do dever de proteção estatal, “o constituinte houve por afastar do âmbito de liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens ou interesses violados por essas condutas, a tutela jurídico-penal”<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 75.

<sup>63</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, cit., p. 58.

<sup>64</sup> FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 848.

<sup>65</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 73.

<sup>66</sup> FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 849. Em uma perspectiva diversa, vale conferir: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69 e ss.

Assim, se por vezes a Constituição limita a intervenção penal, nestes casos ela dita a própria necessidade da tutela penal, para salvaguarda de bens jurídicos tidos por relevantes.

#### 4. CONCLUSÃO

A relação entre o Direito Penal e a Constituição é direta e permanente. O Direito Penal, em decorrência da perspectiva de constitucionalização do Direito, deve ser interpretado e aplicado em consonância com os ditames constitucionais. A Constituição é, pois, o referencial valorativo dotador de sentido e o fundamento de validade para a intervenção punitiva estatal que se pretenda legítima e conforme a um Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Direito Penal decorre de sua adequação material aos valores e ditames constitucionais.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. de Ana Lucia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 2, v. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_. **La política criminal y el derecho penal de la constitución**: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 8, v. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. **O princípio da proporcionalidade da legislação penal**. Trad. de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 805-830.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-129.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 102087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 28/02/2012, publ. DJe-159, divulg. 13-08-2012, public. 14-08-2012, republicação DJe-163, divulg. 20-08-2013, public. 21-08-2013, ement. vol. 02699-01, p. 01.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831-855.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed., atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** Traducción de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal y filosofía del derecho en la Republica Federal de Alemania.** Trad. de Francisco Munhöz Conde. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 8, p. 173-186, 1990.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?** Trad. de Manuel Cancio Meliá e Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís *et. al. Direito penal e funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general – volumen primero.** Traducción y adiciones de Derecho espanõl por Santiago Mir Puig y Francisco Munõz Conde. Barcelona: Bosch, 1978.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Filosofia do direito: ensaios.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** v. 01, atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: fundamentos e Teoria do delito.** Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** 2. ed. Colección Maestros del Derecho Penal: v. 03. Buenos Aires: B de F, 2001.

NEUMANN, Ulfrid. **Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal**. Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. v. 01. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal: parte geral**. Niterói: Impetus, 2004.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Missão do Direito Penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência**. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, Madrid, p. 303-354, 2006.

SILVA, Ivan Luiz da. **Das Bases Constitucionais do Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



# 9

## ASPECTOS DA TRANSIÇÃO DO JUSNATURALISMO PARA O JUSPOSITIVISMO

(ASPECTS OF THE TRANSITION FROM  
JUSNATURALISM TO JUSPOSITIVISM)

Reis Friede<sup>1</sup>

### RESUMO

O debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante, opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre a transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo.

**Palavras-chave:** Direito Natural. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

## ABSTRACT

The debate regarding Jusnaturalism and Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers for a long time. Although it may be affirmed that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and Natural Law has already been overcome, there are numerous aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding divergent opinions, which struggle for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates precisely the opposite, given that it could not eliminate the esteem of the thinkers for the subject in discussion. Therefore, the current work analyses the transition from Jusnaturalism to Juspositivism.

**Keywords:** Natural Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A plurivocidade do termo positivismo; 3. A transição do jusnaturalismo para o juspositivismo: a escola de exegese e a escola histórica; 4. Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Noberto Bobbio, aludindo às pesquisas empreendidas por Kuttner, afirma que o primeiro uso da fórmula Direito Positivo (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de Abelardo, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que o emprego inaugural de tal expressão teria sido por Damaso, nos idos do século XII. Para Abelardo, segundo narra Bobbio (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus institutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não-escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser impos-

to coercitivamente, abarcando a Constituição, as Leis, os Códigos, os Tratados, as Medidas Provisórias, os Decretos Legislativos, as Resoluções, os Decretos, as Portarias, etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja através da atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do *brocardo ubi societas, ibi jus* (“onde está a sociedade, está o Direito”). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

## 2. A PLURIVOCIDADE DO TERMO POSITIVISMO

Ao definir o termo em destaque, Bobbio (1995, p. 15) adverte que não se deve confundi-lo com o denominado Positivismo Filosófico, explicando, ainda, que tal designação advém da expressão Direito Positivo, empregada em contraposição à noção de Direito Natural.

De sua parte, Diniz (2000, p. 102) também reconhece a plurivocidade do termo em exame, que tanto pode designar o chamado Positivismo Sociológico (ou Sociologismo Eclético, de Augusto Comte, bem como as perspectivas teóricas que a ele se assemelham) como o estrito Positivismo Jurídico, o qual, ao “arredar o direito natural, procura reconhecer tão somente o Direito Positivo, no sentido de direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando assim o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivas, consideradas como fenômenos espaço-temporais”.

Sgarbi, fazendo alusão às lições de Bobbio, afirma que o Positivismo Jurídico tem historicamente se revelado como um “método do estudo do Direito”, como uma “teoria do Direito” e como uma “ideologia do Direito”, ensejando, respectivamente, o Positivismo Metodológico, o Positivismo Teórico e o Positivismo Ideológico, assim explicados:

“1) **‘Positivismo Jurídico como método’**: segundo Bobbio, o positivismo jurídico como método diz respeito ao modo como

os positivistas jurídicos delimitam o objeto de suas pesquisas e, por conseguinte, a função que atribuem à pesquisa que empreendem. Dessa maneira, é possível caracterizar o positivismo jurídico pela distinção comum aos positivistas entre ‘Direito real’ e ‘Direito ideal’, isto é, entre o Direito considerado como ‘fato’ (o Direito que é) e o Direito considerado como ‘valor’ (o Direito que deveria ser ou que se gostaria que fosse). O objetivo desta distinção é relevante para o jurista positivista porque ele estuda o Direito ‘real’, o Direito tal como se apresenta nas ordens jurídicas. Portanto, sua preocupação não é com o conteúdo do que descreve, porquanto podem estar em sua análise prescrições que ofendam um ‘ideal valorativo’, como, também, pode estar em sua análise algo consentâneo com esse ‘ideal’. ‘Estar’ em ‘conformidade’ com certo ‘ideal valorativo’ ou ‘não estar’ em ‘conformidade’ com este ‘ideal valorativo’ não influencia sua atividade;

2) **‘Positivismo Teórico’**: como teoria, afirma Bobbio que o positivismo jurídico expressa um conjunto de formulações sobre a ‘natureza do Direito’. Seis itens resumem seus aportes principais: *a)* a Teoria da coatividade (que supõe que a força é um elemento essencial e típico do direito); *b)* a Teoria imperativista (as normas jurídicas são comandos); *c)* a supremacia da lei (as demais ‘fontes’ do direito são subordinadas à lei); *d)* a Teoria da coerência (a defesa da ausência de contradições entre as normas que compõem o ordenamento jurídico); *e)* a Teoria da plenitude (que nega que haja lacunas no direito); *e f)* a interpretação mecanicista (que considera ser a interpretação jurídica apenas silogística);

3) **‘Positivismo Ideológico’**: segundo Bobbio, o mais exato seria chamar esta Teoria de ‘Positivismo moral’, porque ela estatui a obediência moral de atender ao Direito. Há duas versões para esta Teoria: *a)* versão forte: estabelece a obediência incondicional ao Direito não importando o que nele é prescrito; *b)* versão moderada ou fraca: afirma que o Direito serve, por sua mera existência, à realização de determinados valores que consagra (ordem, paz social, segurança, justiça legal etc.), independentemente da justiça substancial de suas normas.” (SGARBI, 2007, p. 714-715).

Struchiner (2005, p. 25), por sua vez, recorda que a elocução Positivismo Jurídico tem sido utilizada para traduzir formulações teóricas até mesmo inconsistentes sob o prisma jusfilosófico, algumas delas rechaçadas por pensadores havidos como ícones do tema em questão. Compilando as mais diferentes abordagens sobre o assunto, o aludido autor refere-se às seguintes:

a) Positivismo Jurídico como *ceticismo ético*, que inadmite a existência de princípios morais e de justiça válidos universalmente e acessíveis à razão humana.

b) Positivismo Jurídico como *positivismo ideológico*, segundo o qual o Direito Positivo, qualquer que seja o conteúdo das normas nele contidas, ostenta validade ou força moral obrigatória, razão pela qual seus destinatários devem, por força de um dever moral, obedecer aos ditames positivamente estabelecidos, independentemente de seu conteúdo.

Destarte, ainda de acordo com Struchiner (2005, p. 26), e sob a ótica do positivismo de matiz ideológico, um dado sistema normativo, para que possa ser etiquetado como Direito (ou, da mesma forma, para que uma norma possa ser qualificada como jurídica) não necessita passar por algum crivo inspirado a partir de critérios de moralidade; por conseguinte, juízes e sujeitos jurídicos estão moralmente obrigados a render obediência ao Direito Positivo.

Nesse particular, Bobbio defende que a denominação mais exata de tal concepção (ideológica) deveria ser *Positivismo Moral*, na medida em que ela preconiza a obediência moral de atender ao Direito, perspectiva que se desdobra em duas variantes: a versão *forte*, que estabelece a obediência incondicional ao Direito, não importando o que nele é prescrito, e a versão *moderada* ou *fraca*, que “afirma que o Direito serve, por sua mera existência, à realização de determinados valores que consagra (ordem, paz social, segurança, justiça legal etc.), independentemente da justiça substancial de suas normas” (SGARBI, 2007, p. 715).

c) Positivismo Jurídico como *formalismo jurídico*, abordagem segundo a qual o Direito compõe-se (exclusiva ou predominantemente) de normas promulgadas (explícita e deliberadamente) por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais, do que se depreende que tal sistema normativo ostenta as seguintes nuances: é *fechado* (o conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo exaure o Direito); é *completo* (ausência de lacunas); é *consistente* (ausência de contradições e antinomias normativas); é *preciso* (ausência de ambiguidades sintáticas); e é *autos-*

*suficiente* (no sentido de prever, para cada caso, uma solução única) (STRUCHINER, 2005, p. 31).

d) Positivismo Jurídico como *Positivismo Conceitual*. Em tal percepção, conforme STRUCHINER, quando da identificação do Direito, não se deve empregar critérios valorativos, mas, sim, fáticos-empíricos-objetivos; deve-se, pois, atentar para a neutralidade, justamente o que possibilita identificar e descrever o Direito de um determinado grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas. Assim, um sistema jurídico (ou mesmo uma norma nele contida) pode ser injusto, o que não lhe retira o atributo da juridicidade (STRUCHINER, 2005, p. 32).

### **3. A TRANSIÇÃO DO JUSNATURALISMO PARA O JUSPOSITIVISMO: A ESCOLA DE EXEGESE E A ESCOLA HISTÓRICA**

O século XVIII é crucial para o início do declínio das teorias jusnaturalistas, ocasião em que grandes filósofos e juristas começam a desenvolver diversas concepções juspositivistas do Direito, cujo aspecto central e comum corresponde exatamente à rejeição das ideias que concebem a existência de um Direito Natural. Historicamente, conforme assevera Bobbio (1995, p. 27), a transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo guarda relação com a formação dos Estados Modernos, fenômeno no qual se observou um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. Recorda o autor italiano que, naquela quadra, “a sociedade medieval era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um deles dispondo de um Ordenamento Jurídico, produzido pela própria sociedade”. Igualmente, Ferraz Jr. (2015, p. 49-51), ao advertir que “há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação”, explica que o primeiro “designa o ato de positivar”, vale dizer, a ação de “estabelecer um Direito por força de um ato de vontade”, enquanto que a segunda significação traduz um fenômeno que, no século XIX, “será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do Direito”.

Sintetizando o pensamento daquela época, AGUIAR (2004, p.146) preceitua que a “colocação da lei no patamar de um comando

estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo Absolutismo”. Com feito, o valor da *segurança jurídica*, em tal conjuntura, adquire relevante dimensão, o que somente poderia ser alcançado pelo primado da lei. É neste contexto, pois, que surge o Positivismo Jurídico, em sua contraposição ao Jusnaturalismo. No mesmo sentido, BARZOTTO ilustra que o Positivismo Jurídico, enquadrado no paradigma cientificista, possui como promessa teórica a segurança:

No Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra o próprio Estado. (BARZOTTO, 2007, p. 15)

A expressão Positivismo Jurídico, desta feita, pode ser sucintamente definida como a doutrina que inadmite a existência de qualquer outro Direito senão o denominado Direito Positivo, isto é, aquele estabelecido pelo Estado, opondo-se, portanto, ao Jusnaturalismo. Neste contexto, o Direito passa a ser concebido como decorrência da exclusiva vontade humana, fruto da atuação estatal, fenômeno que, segundo um segmento doutrinário, conduziu ao enfraquecimento teórico do Direito Natural, dado histórico observado, por exemplo, nas denominadas Escolas de Exegese (França) e Histórica do Direito (Alemanha), ambas percebidas, de um modo geral, como precursoras do Positivismo Jurídico, cuja construção teórica contou com as reflexões de verdadeiros expoentes da Filosofia do Direito.

A Escola da Exegese (que correspondeu, na Alemanha, à chamada Escola Histórica e, na Inglaterra, à Escola Analítica) é frequentemente mencionada como uma das mais incipientes correntes positivistas surgidas ao longo da história do Direito. De seu inaugural surgimento na França do século XIX, notadamente à época da promulgação do Código Napoleônico (1804), diploma através do qual se procedeu à unificação do Direito Civil do referido país, o Exegetismo (que reuniu os mais renomados juristas franceses daquela quadra, tais como Proudhon, Bugnet, Demolombe, Pothier e outros) difundiu-se pela Europa Continental.

Relativamente ao que interessa no âmbito de uma abordagem juspositivista, impende registrar que a Escola de Exegese, em linhas gerais, apregou uma nova concepção no modo através do qual o Direito deveria ser interpretado pelo jurista, a quem competiria, sob tal perspectiva, tão somente aplicar as normas legais ditadas pela vontade do legislador, enfatizando, pois, o método de ensino jurídico calcado exclusivamente na lei, idealizada como genuína manifestação da vontade geral do povo.

Diniz, ao analisar as formulações teóricas trazidas à baila pela Escola de Exegese, principalmente sob o prisma do dualismo Direito Natural – Direito Positivo, explica que:

A ciência do Direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola da exegese, a totalidade do Direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido. Todavia, é preciso não olvidar que o exegetismo não negou o Direito natural, pois chegou a admitir que os códigos, elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural, por isso o estudo do Direito deveria reduzir-se a mera exegese dos Códigos. Visavam os franceses a construção de um sistema normativo estruturado de acordo com as normas da natureza, com o escopo de assegurar os direitos subjetivos fundamentais do homem, que lhe eram inerentes. O estudo do Código Civil seria a concretização desse ideal jusnaturalista. A lei e o Direito constituem uma mesma realidade, pois a única fonte do Direito é a lei e tudo o que estiver estabelecido na lei é Direito.” (DINIZ, 2000, p. 50)

Destarte, sob a perspectiva da Escola de Exegese, o *Código* nada deixava ao arbítrio do intérprete, sendo considerado, pois, uma obra absolutamente perfeita, entendimento que, por ser deveras equivocada, deu margem a rigorosas críticas ao exegetismo legalista, tal como a formulada pela Escola Histórica.

Argumenta Nader (2017, p. 13) que a “Escola Histórica do Direito, de formação germânica, criada no início do século XIX, valorizou e deu grande impulso aos estudos históricos do Direito”, sendo certo que, para esta Escola, “o Direito era um produto da História.” Reale, ao situar temporalmente a Escola Histórica, alude às diversas conquistas tecnológicas alcançadas pela humanidade no decorrer do

século XIX, quando se “operou a revolução técnica, especialmente através dos grandes inventos no plano da Física e da Química e das aplicações de natureza prática, notadamente através da utilização da força a vapor e, depois, da eletricidade”, o que fez com que a vida social se alterasse profundamente, provocando, assim, um “compreensível desajuste entre a lei, codificada no início do século XIX, e a vida com novas facetas e novas tendências”. Diante de tal transformação, explica Reale (2002, p. 283-284), as “pretensões de ‘plenitude legal’ da Escola de Exegese pareceram pretensiosas”, tendo em vista que, frequentemente, surgiam problemas sobre os quais os legisladores do Código Civil não haviam cogitado.

Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos de uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.

Foi especialmente sobre a inspiração da Escola Histórica de SAVIGNY que surgiu outro caminho, a chamada *interpretação histórica*. Sustentaram vários mestres que a lei é algo que representa uma realidade cultural, – ou, para evitarmos a palavra cultura, que ainda não era empregada nesse sentido –, era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo. Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável. (REALE, 2002, p. 283-284)

Venosa (2006, p. 56, 58-59), por sua vez, confere à Escola Histórica do Direito (representada, principalmente, pelos jusfilósofos alemães Gustav von Hugo, Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta) o mérito de ter, pela primeira vez, repellido frontalmente o Direito Natural, aumentando, assim, “o abismo entre a teoria e a prática do Direito, que vinha do início do Jusnaturalismo”, de modo que “aquilo que a razão representara para os adeptos do Direito Natural passou a ser substituído pelos fenômenos históricos”.

Segundo afirma Ferraz Jr., a contribuição de Gustav von Hugo (1764-1844), professor da Universidade de Göttingen, para o tema em análise pode ser constatada logo no primeiro volume de seu *Lehrbuch Eines Civilistischen Cursus*, quando o ilustre professor alemão propôs, “segundo um paradigma kantiano, uma divisão tripartida do conhecimento científico do Direito, correspondente a três questões

fundamentais”: **a) Dogmática Jurídica** (“o que deve ser reconhecido como de direito?”), **b) Filosofia do Direito** (“é racional que o reconhecido como de direito assim o seja?”) e **c) História do Direito** (“como aquilo que é reconhecido como de direito se tornou tal?”).

Estava aí em germinação uma concepção do Direito não como um fenômeno que ocorre na História, mas que é histórico em sua essência, o que permitiria a qualificação do acontecimento presente também como história, criando-se a possibilidade do conhecimento jurídico como metodicamente histórico. Assim, para HUGO, a História do Direito aparece como ciência propriamente dita, enquanto a Dogmática Jurídica é uma espécie de continuação da pesquisa histórica com outros instrumentos. (FERRAZ JR., 2015, p. 50-51)

De fato, Gustav von Hugo, criticando a teoria jusnaturalista baseada na razão, procura desenvolver, metodologicamente, uma nova sistemática da Ciência Jurídica, na qual a *dimensão histórica* da relação jurídica passa a ser um ponto fundamental.

Para [HUGO], o direito natural nada mais seriado que o direito positivo universal ou o *jus gentium* do direito romano, direito comum a todos os povos, constituído pela razão natural, do qual o *jus civile* ou direito natural é um desenvolvimento histórico e particularizado. Propugnou ele o estudo metódico e comparativo dos direitos nacionais, para chegar a uma história do direito universal, como base da ciência da legislação. Com isso a ciência jurídica aparece como ciência histórica, ou seja, como história do direito. Distinguiu a ciência do direito da dogmática jurídica. A história do direito seria a ciência propriamente dita e a dogmática jurídica, uma espécie de continuação da pesquisa histórica. (DINIZ, 2000, p. 98)

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), reputado como aquele que efetivamente desenvolveu a aludida Escola Histórica, aprofunda as reflexões de Gustav von Hugo sobre tal método, notadamente a partir dos seguintes aspectos críticos: de início, opõe-se à codificação do Direito, “por considerá-lo como manifestação característica da livre consciência do povo ou do espírito popular, sob a forma do costume, e não como um produto racional do legislador.” Ademais, o Direito, na ótica de Savigny, “surge na história como decorrência dos usos e costumes e da tradição”, o que significa dizer que o “legislador não cria o Direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente

no espírito popular, que se forma através da história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades.” Diante da *concepção savignista*, o Direito não seria criação arbitrária da vontade estatal, mas, sim, “produto da consciência popular (*Volksgeist*), em determinadas condições de tempo e lugar, da qual o costume é a manifestação autêntica, livre e direta”. Assim, exatamente como se sucede com a língua, que “principia espontaneamente no modo de falar de um povo”, o Direito, na perspectiva de Carl von Savigny, “também começa como conduta consuetudinária popular”, ou seja, “a partir da convicção espontânea do povo a respeito do que se entende por necessário e justo” (DINIZ, 2000, p. 98).

Nesta conjuntura de profundas mudanças experimentadas pelo mundo de outrora, mormente no que se refere ao fenômeno da *codificação*, a doutrina alude ao paradigmático embate travado entre Carl von Savigny e Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), outro jurista alemão da mesma época, professor da Universidade de Heidelberg, famoso por defender, exatamente como ocorrera na França em 1804, a adoção do mesmo modelo codicista no âmbito do Direito Alemão.

Por um lado, Thibaut era favorável à codificação para facilitar a integração alemã, nos moldes do que ocorrera na França, por ocasião do surgimento do código napoleônico. Por sua vez, Savigny era contrário ao legalismo produzido com base no modelo codicista francês, propugnando, ao revés, a formação histórica do direito como decorrência da evolução espontânea dos costumes, produto do chamado espírito do povo (*Volksgeist*). Foi assim que SAVIGNY inaugurou e consolidou a Escola Histórica do Direito, também conhecida como o historicismo jurídico. (SOARES, 2013, p. 158)

Com efeito, Thibaut, na obra intitulada **Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814)**, “fundamentando-se nos muitos inconvenientes políticos e comerciais que ocorriam em razão das disparidades existentes entre as leis e os costumes dos Estados alemães” (CASTILHO, 2017, p. 116), e tendo como modelo o Código Napoleônico de 1804, pugnava pela criação de um *codex* comum para todos os Estados germânicos, iniciativa (de natureza nitidamente *iluminista*) que enfrentou forte oposição de Savig-

ny, que rechaçou tal proposta, publicando, em contraposição teórica, um texto denominado Da Vocação de Nosso Século para a Legislação e a Jurisprudência (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814), no qual se declara contrário aos propósitos de Thibaut, enfatizando, em linhas gerais, a primazia dos costumes do povo (e de sua história) enquanto fonte primária do Direito.

Soares (2013, p. 159), ao empreender uma análise das teses defendidas pelo Historicismo Jurídico, “afirma que seu grande mérito foi situar o Direito corretamente na zona ôntica dos objetos reais e, particularmente, culturais, afastando-se da influência metafísica do positivismo legalista, que colocava o Direito no campo dos objetos ideais”, não obstante terem sido formuladas as seguintes objeções teóricas à Escola Histórica do Direito:

Os costumes jurídicos não trariam a segurança e a objetividade necessárias ao funcionamento do sistema jurídico; o espírito do povo (*Volksgeist*) seria um conceito vago, porque suscetível de múltiplas apropriações político-ideológicas (autocráticas ou democráticas), e artificialmente consensual, porque ocultaria, sob a aparência de uma unidade social, os conflitos entre grupos e interesses no seio de uma sociedade; e, por derradeiro, a conceitualização lógico-artificial do Direito Romano, com a valorização da doutrina como fonte científica do direito, seria incongruente com a defesa da espontaneidade dos costumes jurídicos gestados pelo povo alemão. (SOARES, 2013, p. 159-160)

Discorrendo sobre as peculiaridades teóricas da Escola de Exegese (França) e da Escola Histórica (Alemanha), Diniz assinala os seguintes pontos de identidade e de distinção:

Na Alemanha, num certo momento histórico, deu-se a incorporação do Direito Romano à ordenação jurídica alemã, e os juristas alemães, os *pandectistas* do século XIX, dentre eles Windscheid, Brinz, Glück, passaram a ter uma atitude rigorosamente exegética em relação aos textos do *Corpus Iuris*, bem semelhante à que os franceses tinham relativamente ao Código Napoleônico.

Todavia, havia uma diferença entre a posição dos pandectistas e a dos exegetas franceses. O ponto de partida dos franceses era a lei, considerada como princípio racional formulado para sempre pelo legislador, devido à idolatria dos códigos e das leis, retirando dos textos a cadeia de deduções silogísticas. Já o ponto de partida da escola dos pandectistas era, exclusivamente, os textos de

Direito Romano; logo, só as fontes romanas importavam. Esta escola abeberava a tradição jurídica alemã a partir das fontes romanas, cultivando a história do direito romano e a interpretação dos textos da compilação justiniãnea com o escopo de aplicá-los como fonte direta do direito alemão. Apesar da diferença do ponto de partida, havia uma semelhança de atitude: tanto a *École d'Exégèse* como o *pandectismo* desembocaram, por igual, num sistema rígido de fetichismo pelos textos e de construção sistemática, apregoando o uso do método dedutivo, exigindo a aplicação das leis de acordo com um processo rigorosamente silogístico. (DINIZ, 2000, p. 54-55)

#### 4. CONCLUSÃO

A expressão Positivismo Jurídico pode ser sucintamente definida como a doutrina que inadmite a existência de qualquer outro Direito senão o denominado Direito Positivo, isto é, aquele estabelecido pelo Estado, opondo-se, portanto, ao Jusnaturalismo. Neste contexto, o Direito passa a ser concebido como decorrência da exclusiva vontade humana, fruto da atuação estatal, fenômeno que, segundo um segmento doutrinário, conduziu ao enfraquecimento teórico do Direito Natural, dado histórico observado, por exemplo, nas denominadas Escolas de Exegese (França) e Histórica do Direito (Alemanha), ambas percebidas, de um modo geral, como precursoras de tal corrente do pensamento jusfilosófico.

#### REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger. **O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro**; In CLEYSON MELLO, *Novos Direitos: os Paradigmas da Pós-Modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma Introdução a KELSEN, ROSS e HART**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**, compilação de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação**, 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 39<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio. **Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas**, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

SOARES, Ricardo M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**, Tese de Doutorado, Departamento de Filosofia, PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005.

# 10

## OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA COMO INSTRUMENTOS DO MERCADO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

(THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF  
ECONOMIC ACTIVITY AS INSTRUMENTS OF  
THE MARKET AND THE DEMOCRATIC STATE  
UNDER THE RULE OF LAW)

Vinícius Lacerda<sup>1</sup>

### RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou em seu art. 170 um rol de princípios gerais da atividade econômica que devem nortear a atividade empresarial no País e devem ser observados pelo Estado quando necessária sua intervenção. Dentre eles, destacam-se a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a busca pelo pleno emprego fundada na valorização do trabalho humano, a propriedade privada e sua função social. Além destes, tem-se um princípio implícito que é fundamental no Direito Empresarial: o da preservação da empresa. Todos estes comandos abstratos aplicados em conjunto devem fomentar a atividade comercial exercida na economia de livre mercado, mas, em última análise, devem estar fundados

---

<sup>1</sup> Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mes-  
trando em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em  
Direito pela Faculdade Milton Campos

na valorização do trabalho humano e têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e a redução das desigualdades regionais e sociais.

**Palavras-chave:** Princípio. Preservação da empresa. Liberdade de iniciativa. Livre concorrência. Dignidade da pessoa humana.

### ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 listed in its art. 170 a list of general principles of economic activity that should guide business activity in the country and must be observed by the state when it is necessary to intervene. These include freedom of initiative, free competition, the search for full employment based on the valuation of human labor, private property and its social function. Besides these, there is an implicit principle that is fundamental in Corporate Law: the preserving of the company. All these abstract commands applied together should foster commercial activity in the free market economy, but ultimately must be founded on the valuation of human labor and are designed to assure everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice and reduction of regional and social inequalities.

**Keywords:** Principle. Preservation of the company. Freedom of initiative. Free competition. Dignity of human person.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Os princípios jurídicos como norteadores do ordenamento jurídico; 3. Princípio da preservação da empresa; 4. Os princípios constitucionais inerentes à preservação da empresa como propulsores do desenvolvimento econômico e social no estado democrático de direito; 4.1. Propriedade privada e sua função social. 4.2. Princípio da livre iniciativa; 4.3. Princípio da livre concorrência. 4.4. Busca do pleno emprego; 5. Conclusão; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

As primeiras Constituições brasileiras, influenciadas pelo liberalismo, se limitavam a normatizar a organização dos Estados. Inicialmente, a atividade empresarial era vista como eminentemente privada e era tratada pelo Código Comercial de 1850.

Já no início do século XX, com o advento da Constituição do México de 1917 e da Carta de Weimar de 1919, as novas Constituições brasileiras apresentaram normas além do pensamento liberal, passando a traçar diretrizes jurídicas, econômicas, sociais e políticas do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aduziu, como um de seus títulos, a ordem econômica e financeira, justa e razoável, que se subordina a critérios de ordem pública, sujeitando-se os agentes da atividade econômica aos princípios constitucionais.

Os princípios, entendidos como um comando geral e abstrato, constituem verdadeiros norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro ao ditarem condutas de forma indireta a serem seguidas por todos os cidadãos de nosso Estado Democrático de Direito.

Na ordem econômica e financeira (atividade empresarial exercida na economia de livre mercado), os princípios gerais são ainda mais importantes ao prescreverem textualmente na Constituição Federal aqueles mandamentos que guiarão as atividades praticadas no mercado pelos agentes que se dispuserem a empreender e auferir lucro, mas, sempre, devendo cumprir deveres coletivos de redução das desigualdades regionais da comunidade conforme os ditames da justiça social.

Dá-se ao intérprete o discernimento de que esse conjunto de princípios deverá orientar a interpretação da norma, da própria Constituição, além de que deve ser aplicado pelos Tribunais.

Será analisada, outrossim, a importância do resguardo ao princípio da preservação da empresa, pois esta é o principal fator de movimentação da macroeconomia do País, geradora de postos de trabalho, recolhimento de tributos e encargos sociais ao Poder Público, atendimento das necessidades de consumidores, lucro aos sócios e objeto de aplicação de capital por investidores e celebração de contratos com fornecedores, relações estas pautadas pela função social da empresa destinada à consecução do bem-estar coletivo.

Assim, como o crescimento econômico deve sempre estar atrelado ao desenvolvimento social, não se pode marginalizar a dignidade humana, pois a atividade empresarial, malgrado visar diretamente ao lucro, deve assegurar a todos existência digna, pelo que o empreendimento vai muito além do mero exercício da empresa.

Para a presente pesquisa, elege-se a pesquisa documental indireta, com consulta a fontes primárias da legislação brasileira aliada a fontes secundárias de investigação bibliográfica. O procedimento empregado foi o jurídico-compreensivo analítico pelo método dedutivo.

## 2. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO NORTEADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A teoria da norma jurídica, que sofreu a reformulação após os estudos e as teorias de DWORKIN (2006)<sup>2</sup>, propôs sua própria divisão em três espécies, quais sejam, regras, diretrizes e princípios.

Para diferenciarmos regra de princípio, recorremos a um dos melhores escólios sobre o tema a nosso ver, trazido do magistério de ÁVILA (2003)<sup>3</sup>, que leciona que:

a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.

Dessarte, entendemos que o conceito de princípio é um comando geral, explícito ou implícito, com alta carga de abstração e abrangência, que orienta todo o ordenamento jurídico, inclusive as regras.

Nos dizeres de MELLO (2000)<sup>4</sup>, princípio é:

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34-35.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 747-748.

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

CONTI, citado por GUTIERREZ (2006)<sup>5</sup> entende da mesma forma ao preceituar sucintamente que “*o ordenamento jurídico nada mais é do que um sistema de normas orientadas por princípios que lhe dão forma e conteúdo.*”

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico, malgrado composto essencialmente por regras, é norteado por princípios gerais e abstratos insculpidos principalmente na Constituição Federal.

E são esses princípios que orientarão toda a atividade legislativa no tocante à elaboração do direito positivo, visto que servem de instrumento delimitador para a interpretação e a integração do próprio direito, ao mesmo tempo em que flexibiliza-o com sua amplitude axiológica.

A exemplo do que se verá mais adiante sobre o princípio da preservação da empresa, os princípios pode ser implícitos ou explicitamente previstos nos textos legais, servindo de fonte, interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas, de modo que a concomitância entre eles forma um sistema uno e harmônico, separados eventualmente apenas para fins didáticos.

Neste mesmo sentido é o entendimento do grande mestre SILVA (2007)<sup>6</sup>:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas,

<sup>5</sup> GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 22.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 92.

podem estar positivamente, incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Com efeito, CONTI (1997)<sup>7</sup> propõe uma classificação tripartite dos princípios, distinguindo-os conforme a extensão e o âmbito de validade, dos quais decorrem (i) princípios universais, (ii) princípios aplicáveis a todo o ordenamento e (iii) os princípios aplicáveis apenas a uma matéria.

Nos universais, encontramos a segurança jurídica e boa-fé, vetores fundamentais para todo o Direito. Já nos gerais, tem-se o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88<sup>8</sup>), diretamente associado ao ideal basilar de justiça em qualquer Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, nos princípios aplicáveis somente à atividade econômica, encontramos alguns no texto constitucional como a livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a busca do pleno emprego, todos expressamente positivados no art. 170, CF/88, os quais serão a seguir analisados à luz da preservação da empresa.

### 3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

DWORKIN (2011) diz que os princípios veiculam padrões gerais destinados à resolução de questões jurídicas difíceis<sup>9</sup>. No Direito Empresarial brasileiro, determinadas questões não se solucionam satisfatoriamente, senão a partir dos princípios que norteiam o ramo, entre os quais figura o da preservação da empresa.

<sup>7</sup> CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 22-24.

<sup>8</sup> 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 (...) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 18 de junho de 2017.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 35-36.

COELHO (2014)<sup>10</sup> leciona que:

O princípio da preservação da empresa busca suas raízes na formulação, na Alemanha do entre-guerras, da teoria da empresa em si (Unternehmen an sich). É o embrião do institucionalismo característico das elaborações teóricas pertinente às relações jurídicas afetas às macroempresas.

E prossegue o mencionado autor, porém em outra obra, acerca da constatação da ausência de positivação desse princípio, quando aduz que (COELHO<sup>11</sup>):

Não há formulação, na lei, do princípio da preservação da empresa. Ele é concluído, pela jurisprudência e doutrina, das normas relacionadas à resolução da sociedade em relação a um sócio (CC, arts. 1.028 e s.), desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50; CDC, art. 28) e recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005). Aplicando-se a mais de um capítulo do direito comercial (pelo menos, ao societário e falimentar), não é especial a nenhum deles. O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito.

O que deve se ter em mente quando trabalho o referido princípio é a garantia da atividade econômica como objeto de direito, cuja existência interessa não só ao empresário e seus sócios, mas também a um conjunto maior de sujeitos, como os empregados, o fisco, os consumidores, os investidores no mercado, os fornecedores de insumos e a própria sociedade em que inserida a empresa, ou seja, toda a cadeia de *stakeholders* interessada nos benefícios da continuidade do desenvolvimento econômico do empreendimento.

PEREIRA e MAGALHÃES (2011)<sup>12</sup> anotam as importantes consequências econômicas na preservação do ente produtivo:

A empresa, no mundo atual, tem extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação

<sup>10</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas**. Revista Eletrônica de Direito. Junho 2014 – n.º 2. p. 7

<sup>11</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial** - com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

<sup>12</sup> PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios Constitucionais do Direito Empresarial: A Função Social da Empresa**. Curitiba: CRV, 2011. p. 57.

de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado – por meio da arrecadação fiscal – bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado.

Neste mesmo sentido tem-se o escólio de DINIZ (2009)<sup>13</sup>:

A empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social. Sua responsabilidade social a impulsiona a propiciar, com sua atividade econômica, comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para ser crescimento, visto que ganhará o respeito de seus colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade.

Portanto, protege-se não só a atividade econômica, mas também a uma gama bem mais ampla de sujeitos e operações intrinsecamente conectadas à multiplicação de riqueza, à redução das desigualdades regionais e sociais e à própria dignidade da pessoa humana, a teor do art. 219, *caput*, da Constituição Federal<sup>14</sup>.

Assim, vê-se que a liberdade econômica garantida por nossa Constituição neoliberal não tem caráter absoluto, na medida em que deve caminhar sem perder de vista a valorização do trabalho por meio da busca do pleno emprego, que humaniza a empresa, e sem desprezar a dignidade do homem, que representa a “*raiz fundante dos demais direitos fundamentais*”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 8: Direito de Empresa. 2ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

<sup>14</sup> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 18 de junho de 2017.

<sup>15</sup> LAMOUNIER, João Maurício Penna. **Interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). *Direito Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 145.

Nos dizeres de FORGIONI (2016)<sup>16</sup>:

[...] os princípios econômicos – primordiais para o funcionamento do mercado – são instrumentais, ou seja, constituem ferramenta para que seja alcançada a dignidade da pessoa humana e os princípios insculpidos no art. 3º da Constituição do Brasil.

Destarte, o perfil social exigido pelo mercado reserva um direito além da preservação do sistema de produção. Ele implementa, também, políticas públicas com o escopo de abarcar objetivos sociais pré-fixados no texto constitucional.

#### **4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO PROPULSORES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Conquanto a Constituição Federal de 1988 (neoliberalista) seja eminentemente regulatória, ela prevê diversos princípios que servem de supedâneo para todo o sistema legal brasileiro, inclusive o Direito Empresarial contemporâneo.

A propósito, veja-se o pensamento de LOPES (2006)<sup>17</sup>:

Os princípios constitucionais, na verdade, são deontológicos e obrigatórios, formando um sistema constitucional que precisa ser coerente. Daí a importância da compreensão paradigmática do Estado democrático de direito, pois, ao possibilitar a interpretação dos princípios constitucionais a partir de um fundamento comum, facilita a aplicação adequada de cada um deles, de forma a se manter a integridade do sistema como um todo.

Assim, muito embora a preservação da empresa não esteja textualmente prevista nos princípios gerais da atividade econômica (CF/88, Título VII Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, art. 170<sup>18</sup>), entendemos

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-160.

<sup>17</sup> LOPES. Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 224.

<sup>18</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e

que os princípios instrumentais da livre iniciativa, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da busca do pleno emprego só podem ser efetivamente garantidos se a preservação da atividade organizada (empreendimento) do empresário também compuser todo este ordenamento equilibrado.

#### **4.1. Propriedade privada e sua função social**

Os princípios da propriedade privada e o de sua função social serão abordados em conjunto, pois a propriedade não pode ser tratada e interpretada apenas como um direito individual adstrito ao Direito Privado.

A propriedade garante a habitação, a educação, os meios de subsistência da família e protege contra os riscos sociais da sociedade contemporânea.

Já aos agentes econômicos, garante-se a propriedade dos fatores de produção e circulação dos bens, servindo de instrumento da livre-iniciativa de empreendimento privado.

Não obstante, quebrando o cânone do Estado Liberal a partir da Constituição do México de 1917, o Estado Democrático de Direito

---

na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 18 de junho de 2017.

concede ao indivíduo o direito real de adquirir um determinado bem e dele usar, gozar e dispor como melhor lhe aprouver em caráter exclusivo e perpétuo, desde que não se transforme em direito absoluto e irrestrito e seu titular não o exerça em prejuízo da sociedade em que se encontra inserido, vale dizer, representa a socialização e dinamicidade de direitos individuais, pensamento pioneiro de Leon Duguit (1859-1928), que transcorreu mais de um século até o raciocínio convergente do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, GRAU (2008)<sup>19</sup>:

[...] o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder de que deflui da propriedade.

Portanto, é evidente que, no Estado Democrático de Direito, o direito fundamental da propriedade deve ter a função de assegurar direitos sociais e coletivos.

Isto é o que também podemos extrair dos dizeres de PERLINGIERI (2007)<sup>20</sup>:

Também para o proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio: os atos e atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido. Assim, a atividade de gozo e de disposição do proprietário não pode ser exercida em contraste com a utilidade social ou de modo a provocar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana.

Ora, os ditames da justiça social devem perpetrar o exercício de qualquer direito individual, e o de propriedade privada não é diferente, pelo que o proprietário tem o dever-poder de empregar a sua

<sup>19</sup> GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246.

<sup>20</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 228.

riqueza em prol da existência digna da sociedade em que se encontra inserido.

Registre-se, contudo, que a atuação do Poder Público na consecução do bem-estar coletivo deverá sempre estar prevista em lei (princípio da legalidade), o que afasta a interferência arbitrária do Estado na propriedade privada do indivíduo.

## 4.2. Princípio da livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa, propulsor do liberalismo econômico de Adam Smith e de toda a atual atividade empresarial capitalista dos agentes econômicos, estabelece a circulação de bens e serviços da maneira que melhor atenda à prosperidade do negócio.

Nessa toada, tem-se quatro condições para o funcionamento mais eficiente do modo de produção: (i) atendimento pela empresa privada das necessidades de todos; (ii) o lucro como o principal fator de motivação; (iii) proteção jurídica ao investimento privado; (iv) e a empresa como polo gerador de emprego e tributos.<sup>21</sup>

Porém, uma vez mais, não se pode esquecer de sempre garantir o exercício da justiça social distributiva, como bem registra o professor SILVA (2007)<sup>22</sup>:

a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.

Para a eficiência do capitalismo é imprescindível a existência de um ambiente econômico onde a liberdade de iniciativa seja a sua base de composição.

<sup>21</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial** - com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32-33.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.794.

Entretanto, conforme alerta COELHO (2011)<sup>23</sup>, a livre iniciativa está entre as causas de diversas injustiças ao dizer que:

Como a quantidade e qualidade da produção são definidas, em última instância, pelas perspectivas de lucratividade de sua exploração econômica, bens essenciais (comida, por exemplo) podem não ser produzidos na escala necessária ao atendimento de todos; enquanto a produção de bens inteiramente fúteis, a seu turno, consome não pouca 'energia social'.

O capitalismo é, assim, um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes. Mas enquanto for o modo de produção predominante, será proveitoso para todos que ele possa funcionar da maneira mais eficiente possível. Daí a importância de a ordem jurídica assegurar a liberdade de iniciativa.

Se por um lado esse princípio serve de freio a certas intervenções descabidas do Estado na economia, por outro restringe as próprias práticas comerciais dos particulares que vão de encontro com a livre iniciativa, a exemplo do empresário que domina completamente um segmento de mercado.

Portanto, o princípio da livre iniciativa não pode ser absoluto na sociedade contemporânea. A Constituição Federal o consagrou como fundamental, mas também mitigou seus efeitos com fins de abarcar o equilíbrio entre a eficiência na produção e os imperativos da justiça social (redução das desigualdades regionais e sociais), exteriorizando o perfil neoliberal de nossa Carta Política.

Neste sentido foi o entendimento do, à época, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 319-4/DF<sup>24</sup>:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969, dado maior ênfase à livre-iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente) um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre

<sup>23</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial** - com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28-29.

<sup>24</sup> STF, ADI 319-4/DF, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, julgado em 03.03.1993.

aqueles princípios o da livre-concorrência que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre-iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor [...] e a redução das desigualdades sociais.

Assim, a liberdade de iniciativa somente é protegida enquanto favorecer o desenvolvimento econômico nacional concomitantemente à promoção de justiça social.<sup>25</sup>

### 4.3. Princípio da livre concorrência

O princípio da livre concorrência, ou defesa do mercado, também é um pilar da economia liberal, com marco histórico no Decreto de Allarde em 1791 e só existe onde o Estado assegura a livre iniciativa, constituindo um desdobramento desta, valendo, aqui, citar a observação de BOTREL (2009)<sup>26</sup>, que diz que “a livre concorrência consiste, ao mesmo tempo, na confirmação da livre iniciativa e em limitação ao seu exercício.”

FORGIONI (1998)<sup>27</sup> traça o início da concorrência no Brasil e o caráter instrumental de sua proteção na Constituição Federal de 1988:

[...] em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6-7.

<sup>26</sup> BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**: Uma Proposta de Leitura Constitucional do Direito Societário. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63

<sup>27</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 170.

concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Segundo FIGUEIREDO<sup>28</sup>, essa ação competitiva é tida como a:

proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia, dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesses de terceiros.

Com efeito, trata-se da livre escolha do agente de poder entrar, participar ativamente e sair do mercado ao seu tempo, considerando a definição de mercado trazida por COASE<sup>29</sup>, que dizia que *“é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”*.

Portanto, a manutenção da circulação de bens e serviços no mercado implica a tutela do bem-estar coletivo e a continuidade das empresas, porquanto tal preservação garante a qualidade crescente desses bens e serviços e preços decrescentes ao consumidor final, podendo-se concluir, desta forma, que o interesse dos empresários é harmonizável com os benefícios dirigidos à sociedade.

Naturalmente, para que tenhamos o pleno exercício da livre concorrência significa que o ordenamento jurídico deve coibir algumas práticas comerciais incompatíveis com o princípio ora em exame, nos termos da lição aduzida por COELHO<sup>30</sup>:

Tais práticas são as de concorrência ilícita e classificam-se em duas categorias: de um lado, há as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como infração da ordem econômica; de outro, as que não

<sup>28</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 77.

<sup>29</sup> COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 7.

<sup>30</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial** - Com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34-35.

implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram concorrência desleal.

Em um segundo patamar de atuação do Direito Empresarial, encontramos uma regra básica de competição inserida no princípio da livre concorrência que nada tem que ver com contenção de abusos de poder econômico<sup>31</sup> e imposição de sanções pelo Estado<sup>32</sup>, qual seja: as decisões escorregadas e equilibradas tomadas pelo empresário são contempladas com a majoração das margens de lucro, ao passo que as desacertadas possuem o efeito inverso.

Mas o mais importante a se registrar sobre a liberdade de concorrência é que, assim como qualquer outro princípio constitucional, deverá ser interpretado como condição para que se atinja a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88<sup>33</sup> - apanágio inalienável) por meio da *organização da empresa e da realização de objetivo no livre mercado*.

#### 4.4. Busca do pleno emprego

Intrinsecamente ligado ao princípio da valorização do trabalho humano previsto no art. 1º, IV, CF/88<sup>34</sup>, tem-se o princípio da busca do pleno emprego no art. 170, VIII, da Magna Carta, que faz oposição às políticas recessivas.

O trabalho deve ser valorizado na medida em que representa a própria dignidade da pessoa humana, fazendo valer o velho adágio de

<sup>31</sup> Art. 173 (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

<sup>32</sup> A lei referida pelo art. 173, §4º, CF/88 é a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica brasileira.

<sup>33</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

<sup>34</sup> Art. 1º (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

Benjamin Franklin (1706-1790), segundo o qual o trabalho dignifica o homem.

Ademais, é do interesse do Estado que todos seus cidadãos em idade produtiva estejam exercendo atividades que gerem renda para si e, naturalmente, para os próprios cofres públicos (receitas derivadas), além de implicar a redução de determinadas despesas, a exemplo da seguridade social.

Segundo SILVA (2007)<sup>35</sup>:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). [...]

Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica.

Se a atividade empresarial tem fundamental importância para o desenvolvimento econômico do país, é preciso dizer que o trabalho humano precede a essa atividade, pelo que a empresa é raciocinada

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 788-797.

de modo a otimizar e melhor aproveitar esse trabalho no exercício de suas funções sociais, sem olvidar do desenvolvimento e satisfação pessoal do homem e de sua família.

Assim, a busca pelo pleno emprego serve de base para a ordem econômica brasileira e é o principal supedâneo da prosperidade da economia na ótica do Estado Democrático de Direito.

## 5. CONCLUSÃO

Como se pôde conferir, os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro e devem ser sopesados e levados em consideração em qualquer apreciação de fatos jurídicos.

No âmbito da ordem econômica, não é diferente. O processo de intervenção do Estado no mercado se justifica apenas para efetivar os princípios norteadores da ordem econômica e social contidos no art. 170, CF/88, assim como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88).

O princípio da preservação da empresa deve ser destinado não somente à proteção dos interesses do empresário, seus credores e empregados, mas também, quando necessário, à proteção dos interesses metaindividuais atinentes à continuidade do próprio empreendimento, afinal este não pode ser indevidamente sacrificado, tendo em vista sua essencialidade à economia de mercado.

A conjugação dos princípios constitucionais explícitos da atividade econômica acaba por moldar o mercado. E esse sistema de mercado, que possui uma função social, inexistente sem as atividades de seus agentes econômicos.

A dignidade da pessoa humana deve prevalecer frente ao aspecto patrimonial por meio de condições impostas por índole social de redução das desigualdades regionais, constituindo, em última análise, a verdadeira essencialidade da empresa.

Assim, o objetivo final é tornar a empresa socialmente responsável, resgatando o seu papel institucional ante as obrigações que lhe foram atribuídas pela ordem constitucional, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição e aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de junho de 2017.
- BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 de junho de 2017.
- COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial - com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **O Princípio da Preservação da Empresa na Interpretação da Lei de Recuperação de Empresas**. Revista Eletrônica de Direito. Junho 2014 – n.º 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Reforma da Empresa**. Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 8: Direito de Empresa. 2ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 170.
- GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LAMOUNIER, João Maurício Penna. **Interpretação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). *Direito Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOPES. Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade** – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios Constitucionais do Direito Empresarial:** a função social da empresa. Curitiba: CVR, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WACHOWICZ, Marcos. **Pressupostos Constitucionais do Direito Empresarial:** análise dos registros empresariais e do sistema de defesa da concorrência. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito UNISC n. 35, janeiro – junho, 2011.