

UNINOVE - UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM “DIREITO EMPRESARIAL: ESTRUTURAS E
REGULAÇÃO”

Daniel Serpentino

**A insuficiência da previsibilidade normativa e decisória para a consecução
da segurança jurídica no âmbito da regulação econômico-empresarial**

São Paulo
2023

DANIEL SERPENTINO

A insuficiência da previsibilidade normativa e decisória para a consecução da segurança jurídica no âmbito da regulação econômico-empresarial.

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de doutor em direito junto ao Programa de Pós-Graduação em “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação” da Universidade Nove de Julho.

Orientador: PROF. DR. JOSÉ RENATO NALINI.

São Paulo

2023

Serpentino, Daniel.

A insuficiência da previsibilidade normativa e decisória para a consecução da segurança jurídica no âmbito da regulação econômico-empresarial. / Daniel Serpentino. 2023.

344 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. José Renato Nalini.

1. Segurança jurídica. 2. Previsibilidade. 3. Inteligência artificial. 4. Empresa. 5. Economia. 6. Transnacionais. 7. Regulação. 8. Moral. 9. Ética. 10. Virtudes. 11. Interpretação jurídica.

I. Nalini, José Renato. II. Título.

CDU 34


DANIEL SERPENTINO

**A INSUFICIÊNCIA DA PREVISIBILIDADE NORMATIVA E DECISÓRIA PARA A
CONSECUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO
ECONÔMICO-EMPRESARIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 02 de agosto de 2023.

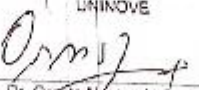
BANCA EXAMINADORA

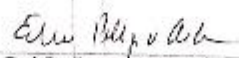

Prof. Dr. Jesse Renato Nalin
Orientador
UNINOVE

Prof. Dr. Celso Antônio Pacheco Fiorillo
Examinador Interno
UNINOVE
MARCELO
BENACCHIO:07729055
R48

Validação de forma digital por:
MARCELO
BENACCHIO:0772905548
CPF: 0923.3830.1242-90-47187

Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Examinador Interno
UNINOVE


Prof. Dr. Cristóvão José de Souza Laspra
Examinador Externo
USP


Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim
Examinador Externo
PUCISB

Ao Sagrado Coração de Jesus e ao Imaculado Coração de Maria.

RESUMO

SERPENTINO, Daniel. A insuficiência da previsibilidade normativa e decisória para a consecução da segurança jurídica no âmbito da regulação econômico-empresarial. 2023. Tese (Doutorado em “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação” - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023).

A crise de segurança jurídica, que de muitos modos se manifesta, como na profusão de litígios judiciais e, particularmente, nas disputas de natureza econômico-empresarial relativas a empresas nacionais e transnacionais, tem múltiplas causas teóricas e fáticas, questão cuja abordagem apresenta-se condicionada - conceitual e praticamente – desde diferentes ângulos *iusfilosóficos*. Esta investigação pretende demonstrar que o problema da consecução de níveis de verdadeira segurança jurídica, também pela regulação da atividade econômico-empresarial, exige caminhos que não se reduzem aos dados normativos ou empíricos que se possa focar para a compreensão de uma “certeza como previsibilidade” - assim entendida como um instrumento para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas individuais -, tampouco a uma segurança de critérios (subjetivos) a ser construída argumentativamente, atraindo, imprescindivelmente, a consideração da segurança e da interpretação jurídicas sob uma adequada perspectiva filosófica, é dizer, em atenção ao dado onto-metafísico e à nota distintiva do ser humano, sua racionalidade, ao seu lugar na ordem de todas as coisas e ao que de fato seja seu fim, que é também o seu bem. Segundo, pois, uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica. Com esse enquadramento, sublinha-se a importância de iniciativas que fomentem ou encampem a valorização da ética das virtudes e uma sã filosofia nas atividades jurídicas em geral consideradas e, especialmente, na regulatória econômico-empresarial. Para este fim, a inclusão de disciplinas sobre a temática em currículos universitários, e a sua inserção/reinserção nas escolas de formação das diversas carreiras jurídicas, em especial da magistratura, muito poderiam contribuir.

Palavras-Chave: segurança jurídica; previsibilidade; inteligência artificial; empresa; economia; transnacionais; regulação; moral; ética; virtudes; interpretação jurídica.

ABSTRACT

SERPENTINO, Daniel. The insufficiency of normative and decision-making predictability for the achievement of legal certainty within the scope of economic-business regulation. 2023. Tese (Doutorado em “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação” - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023).

The legal security crisis, which manifests itself in many ways, such as in the profusion of judicial litigation and, particularly, in disputes of an economic-business nature relating to national and transnational companies, has multiple theoretical and factual causes, a question whose approach is conditioned - conceptually and practically – from different jusphilosophical points of view. This investigation intends to demonstrate that the problem of achieving levels of true legal security, also through the regulation of economic-business activity, requires paths that cannot be reduced to normative or empirical data considered as means to the understanding of a “certainty as predictability” - taken as an instrument for the legally conscious planning of practical individual choices -, neither they can be reduced to a security of (subjective) criteria constructed argumentatively, attracting, indispensably, the consideration of legal security and interpretation from an adequate philosophical perspective, that is, with attention to the onto-metaphysical given and to the distinctive note of the human being, his rationality, to his place in the order of all things and to what his end actually is, which is also his good. Such considerations imply, therefore, an ontologically grounded practical reason, an ethics of virtues and an adequate conception of the common good as the purpose of the political order and guide of the economic one. This framework highlights the importance of initiatives that promote or embody the valorization of ethics of virtues and a healthy philosophy in legal activities in general considered and, particularly, in economic-business regulation. To this end, the inclusion in colleges syllabuses of classes that take on such subjects, and their insertion/reinsertion in the training schools of the various legal careers, especially the judiciary, could contribute a lot.

Keywords: *legal certainty; predictability; artificial intelligence; company; economy; transnationals; regulation; moral; ethics; virtues; legal interpretation.*

SUMÁRIO

<u>OBJETIVO E METODOLOGIA</u>	8
<u>INTRODUÇÃO – SEGURANÇA JURÍDICA, PREVISIBILIDADE, INTERPRETAÇÃO E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICO-EMPRESARIAL</u>	12
<u>CAPÍTULO I – PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA</u>	35
I.1 – SEGURANÇA/CERTEZA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE.....	35
I.2 – “JUSTIÇA PREDITIVA” E “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”.....	51
I.3 – A INSUFICIÊNCIA DA PREVISIBILIDADE PARA A CONSECUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	89
<u>CAPÍTULO II – SEGURANÇA JURÍDICA, ECONOMIA E REGULAÇÃO: UMA CONCEPÇÃO ONTO-METAFÍSICA</u>	116
II.1 – O FUNDAMENTO OBJETIVO DO CONHECIMENTO PRÁTICO E O FUNDAMENTO PRÓXIMO DE TODA NORMATIVIDADE.....	116
II.2 – O DIREITO COMO REGULADOR DE UMA ECONOMIA MORAL E POLITICAMENTE CONFORMADA. A ORDEM JURÍDICA DA ECONOMIA E DO MERCADO.....	153
II.3 – A REGULAÇÃO DO PODER ECONÔMICO-EMPRESARIAL E A CONSECUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	178
<u>CAPÍTULO III – SEGURANÇA JURÍDICA, CORRENTES <i>IUSFILOSÓFICAS</i> E ATIVIDADE INTERPRETATIVA</u>	216
III.1 – FORMALISMO INTERPRETATIVO.....	219
III.2 – REALISMO INTERPRETATIVO (EMPIRISTA/PRAGMATISTA).....	224
III.3 – REALISMO INTERPRETATIVO (PRAGMATISTA/EMPIRISTA) NO ÂMBITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. CONSEQUENCIALISMO INTERPRETATIVO.....	236
III.4 – CONSTRUTIVISMO INTERPRETATIVO.....	251
III.5 – REALISMO INTERPRETATIVO NA TRADIÇÃO CLÁSSICA <i>IUSNATURALISTA</i>	266
<u>CONCLUSÃO</u>	308
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	327

OBJETIVO E METODOLOGIA

A presente investigação insere-se na Linha de Pesquisa 2 (“Empresa Transnacional e Regulação”) desde uma abrangente perspectiva jurídico-filosófica e engloba aspectos da regulação econômico-empresarial em sua interface com a segurança jurídica e com a ética/moral, considerando, para tanto, adequadas concepções de bem comum e de dignidade da pessoa humana desde sua natureza, seu lugar na ordem de todas as coisas e seu fim.

A partir da perspectiva filosófica clássica (de matiz aristotélico-tomista), que não olvida a fundamentação objetiva do conhecimento prático e de toda normatividade, a presente investigação levanta a hipótese da (e pretende demonstrar a) insuficiência da previsibilidade para a consecução da segurança jurídica, bem assim como a observância de uma relação necessária entre economia, política, direito e moral - na normatização e nas decisões (judiciais e administrativas) – revela-se condição *sine qua non* à solução ou diminuição de problemas concernentes à regulação do fenômeno econômico-empresarial, tanto em âmbito nacional quanto transnacional, com vistas à consecução de níveis de genuína segurança jurídica, considerando-se, assim, o bem real humano e o bem comum.

Investiga-se, portanto, como o problema da consecução de níveis satisfatórios de verdadeira segurança jurídica em geral, e por meio da regulação da atividade econômico-empresarial em particular, exige caminhos que não se reduzem aos dados normativos ou empíricos que se possa enfocar para a compreensão de uma “certeza como previsibilidade” - assim entendida como um instrumento para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas -, tampouco a uma segurança de critérios (subjetivos) a ser construída argumentativamente, atraindo, enfim, a consideração da segurança e da interpretação jurídicas desde uma adequada perspectiva filosófica, é dizer, em atenção ao dado onto-metafísico e à nota distintiva do ser humano, sua racionalidade, ao seu lugar na ordem de todas as coisas e ao que de fato seja seu fim, que é também o seu bem. Segundo, pois, uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica.

Para alcançar o objetivo proposto, a metodologia supõe extensa pesquisa bibliográfica especializada, nacional e estrangeira, e, sem perder de vista a observação de fenômenos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, busca sistematizar teoricamente algumas concepções de segurança jurídica, interpretação e tomada de decisão, desvelando métodos e preferências

iusfilosóficas que lhes estão subjacentes. Com apoio na profunda síntese filosófica da tradição *iusnaturalista* clássica e em alguns de seus expoentes (uma doutrina que remonta, entre outros, a ARISTÓTELES e S. TOMÁS DE AQUINO, e que chega aos seus cultores mais recentes e/ou contemporâneos: por muitos, Michel VILLEY, Juan Bsm. VALLET DE GOYTISOLO, Danilo CASTELLANO, Miguel AYUSO, Juan Fernando SEGOVIA e, no Brasil, José Pedro GALVÃO DE SOUSA e Ricardo DIP), busca-se avaliar criticamente as referidas concepções e propor a necessária conformação moral objetivamente fundada da atividade regulatória em geral – e da econômico-empresarial em particular -, prescrevendo critérios gerais e caminhos de solução mais adequados para que se atinjam níveis de verdadeira segurança jurídica em harmonia à dignidade da pessoa humana e com vistas ao bem comum.

A pesquisa bibliográfica vem refletida nas abundantes notas de rodapé que, além de referenciar os autores e fontes consultados, cumprem duas específicas funções: a primeira, auxiliar o leitor menos versado em filosofia (e filosofia do direito) a compreender conceitos que estão supostos no desenvolvimento do texto; depois, considerando o leitor já imerso na temática, aprofundar a compreensão dos conceitos e pontos relacionados, com indicação de autores e fontes que permitam o desdobramento em pesquisas específicas.

Utilizar-se-á uma metodologia¹ que envolve o conhecimento do universal e do contingente, dedução e indução, síntese, análise e dialética (no sentido aristotélico), não se negligenciando, neste *iter*, os tópicos da tradição do pensamento (nas ciências humanas/morais, como é a do direito, a autoridade que se extrai da opinião científica dos sábios integra necessariamente a metodologia científica). Supõe-se sempre, ademais, a aristotélica - e também tomista – noção de ciência enquanto conhecimento pelas causas (a formal e a final inclusas) e um conceito de experiência que embora se inicie com os dados apreendidos pelos sentidos, a eles não se reduz (não se reduzindo a uma perspectiva empirista, não retalha a realidade e reafirma o papel dos primeiros princípios da razão em suas funções especulativa e prática), considerando a continuidade da apreensão das essências pela atividade intelectual (que abstrai o universal do sensível) e um voltar-se novamente ao concreto após a abstração, com o que tanto se desenvolverá a teoria com vistas a iluminar o âmbito da “práxis” (“considera a verdade, mas em ordem à operação”²) em que se insere a atividade de regulação quanto se afirmará um

¹ “Methodo é o caminho que a intelligencia deve seguir para a aquisição da sciencia; ou, mais propriamente, é a ordenada disposição das operações intellectuales.” (SINIBALDI, T. Elementos de Philosophia. V. 1. Lógica. Seção Segunda. Capítulo Terceiro. pp. 234-283. Quinta Edição, 1927, p. 234).

² *Ibidem*, p. 255.

necessário uso ético da técnica – também a econômica - como auxiliar às ciências humanas particulares do direito e da política. No curso da exposição, embora supostas noções de ciência e de experiência que não se reduzem a um conhecimento e causalidade empíricos (e em que se consideram as causas formal e final e outros conceitos metafísicos como os de transcendentais do *ser*, ato-potência, etc.) recorrer-se-á, segundo a necessidade e na medida exigida pelo objetivo geral da pesquisa, ao estudo de casos, dados e tendências, descrevendo-se e analisando-se criticamente fenômenos (como o do uso da “inteligência artificial”, no universo jurídico, para fins preditivos), porque de um método idealista não se trata, mas de um método misto, analítico-sintético³, em que se empregam as potências humanas em seu conjunto, desde as sensitivas até as cognitivas, para se conhecer as verdades - em geral, de natureza moral e práticas - constitutivas das teses anunciadas, ao final, conclusivamente.

Considerada a interface com a temática enfocada, a relevância científica repousa, enquanto atividade metodológica teórico-descritiva, no esclarecimento do potencial e dos limites de propostas relacionadas à segurança jurídica e à interpretação jurídica na regulação da atividade regulatória econômico-empresarial, e, enquanto atividade teórico-prescritiva, na avaliação crítica de referidas propostas para os fins da conformação ético/moral regulatória, supostos os parâmetros da perspectiva aristotélico-tomista.

Nos limites do esquema proposto - e em consideração à intensificação de litígios relacionados ao fenômeno da empresa e à relevância que esse agente econômico assume em nível nacional e transnacional, é dizer, em posição cada vez mais fortalecida para influenciar acentuadamente não somente a organização social, política e jurídica das nações e comunidades de nações, mas também seus próprios parâmetros de moralidade - a ênfase da pesquisa invocará referencial teórico-descritivo que - paralelamente à ordenação das relações entre moral, política, direito e economia - permitirá desvelar algo do instrumental *iusfilosófico* subjacente a uma identificada tendência redutiva da segurança jurídica a seu aspecto de previsibilidade, ao que se somará um excursão pelos temas da interpretação e de metodologias de tomada de decisão, ofertando-se, ao final, uma abordagem teórico-prescritiva conclusiva, dada a importante relação com o problema em lume: um enfoque sobre a questão da segurança jurídica na regulação

³ “O methodo *scientifico*, devendo levar ao conhecimento dos phenomenos pelo conhecimento das suas causas, não pode ser exclusivamente *analytico*, nem exclusivamente *synthetico*. - Não pode ser exclusivamente *analytico*; porque pela *experientia*, em que este methodo se funda, conhecemos o phenomeno em si mesmo, mas não na sua causa. - Não pode ser exclusivamente *synthetico*; porque, sem o auxílio da experientia, não podemos perceber os factos ou phenomenos, e por isso nos faltará o fundamento das investigações e as nossas ideas não corresponderão à realidade das coisas. Logo o methodo *scientifico* deve ser *misto*, isto é, deve ser *analytico-synthetico*.” (*Ibidem*, p. 245).

econômico-empresarial, com especial ênfase na legislativa e na judicial, desde a perspectiva do *iusnaturalismo* clássico, é dizer, de cariz aristotélico-tomista.

Enquanto atividade prescritiva prático-operacional apoiada na fundamentação teórica oferecida, a relevância científica está em ofertar um claro parâmetro para iniciativas que – suposto um adequado ângulo de tratamento, é dizer, que considere uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica – fomentem ou encampem a valorização da ética nas atividades jurídicas em geral consideradas, e, em especial, na regulatória econômico-empresarial, para o que a inclusão de disciplinas universitárias sobre a temática e a sua inserção/reinserção nas escolas de formação das diversas carreiras jurídicas, em especial da magistratura, muito poderiam contribuir.

INTRODUÇÃO – SEGURANÇA JURÍDICA, PREVISIBILIDADE, INTERPRETAÇÃO E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICO-EMPRESARIAL.

A imprevisibilidade normativa e decisória é apontada - quase que à unanimidade - como um obstáculo à consecução da segurança jurídica em geral e, particularmente, àquela perseguida no âmbito econômico-empresarial.⁴ É de fato facilmente observável como a instabilidade normativa e a dificuldade em antecipar as possíveis consequências (entre elas, as atinentes a decisões administrativas e judiciais em eventuais litígios) de um fato juridicamente relevante (pense-se, *ad. ex.*, nas consequências de um ato administrativo, de um contrato, de um investimento, de regimes e obrigações consumeristas, empresariais, societários, tributários, trabalhistas, ambientais etc.) implicam um estado de insegurança, um temor quanto aos contingentes futuros que impacta o modo de agir presente, a confiança comum e institucional, o planejamento individual e empresarial e, enfim, as eleições práticas. Que a previsibilidade, portanto, seja um elemento importante para a consecução da segurança jurídica, não se pode duvidar. Isso, no entanto, não implica seja um alto grau de previsibilidade normativa e decisória condição suficiente à consecução da segurança jurídica, a qual - ademais de exigir estabilidade, eficácia e previsibilidade das situações jurídicas e, para tanto, a “forma de uma positividade” tanto quanto possível clara e coerente - não pode nunca prescindir da “juridicidade substantiva”, o que supõe a consideração das atividades regulativas normativa e decisória segundo a natureza das coisas e de cada coisa⁵, e impõe, de conseguinte, uma concepção de “direito” que antes atenda ao sentido primeiro que toma a expressão (seu analogado principal), é dizer, o direito como a própria coisa justa devida.⁶

⁴ Exemplificativamente: ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021, p. 81; GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). – 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 15/18; CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica. Barueri, SP: Manole, 2018, pp. 32/34.

⁵ “... se a segurança jurídica repousa na positividade e configura, desse modo, um *status* de fato, ela não é segurança jurídica apenas enquanto estado efetivo - que poderia ser qualquer, ao ponto do mais absurdo e brutal possa imaginar-se-, mas também por sua juridicidade substantiva, que não se constitui, nem se determina sem harmonizar-se com uma ordem objetiva, superior e anterior à positividade: é dizer, a natureza de todas as coisas, a natureza de cada coisa e as coisas todas da natureza.”. (DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 68).

⁶ “... não há consecução possível de verdadeira segurança jurídica à margem da consideração do sentido da analogia do direito e da observância do primado hierárquico do *ius*.” (*Ibidem*, p. 28)

Aponta-se⁷ advir o vocábulo “segurança” do latim *securitas* e de *securus*, conotando ausência de preocupação, “privação de temor”. Indica-se, também, que sua etiologia sugeriria um “ocupar-se de si mesmo (*se+cura*)”⁸. Embora possa a “segurança” ser compreendida em sentido objetivo, como um estado de “ausência de perigo efetivo”, um “estar a salvo de perigos” ou “pôr-se realmente em segurança”, apresenta uma predominante acepção subjetiva: tranquilidade do espírito, sossego, paz, repouso, descanso, ausência de preocupação, privação de temor.⁹ Esclarece S. TOMÁS, precisamente, “...que a esperança visa [a] um bem a ser alcançado; e a segurança visa [a] um mal a evitar. Daí que a segurança parece se opor mais ao temor...”¹⁰, que “... é do mal futuro”¹¹. Trata-se, ao cabo, de um anseio escatológico¹² que reflete a “inclinação à ordem e à paz”¹³ e a ânsia de “descanso no bem”, o que somente pode efetivar-se de modo perfeito na posse definitiva do “Sumo Bem”.¹⁴

Há, por assim dizer, um anseio por segurança que se faz acompanhar por uma angústia ou receio da insegurança, do risco, da imprevisibilidade e da incerteza.¹⁵ Se a felicidade, por um determinado ângulo, pode designar-se pela “posse habitual do bem”¹⁶, e se o anseio por segurança reflete objetivamente a tendência da busca do “descanso no bem” ou de um “estar a salvo de perder o bem”, tem-se que, para o ente humano, que tem corpo e alma (animal racional¹⁷) – cujas potências superiores (intelecto e vontade) operam na compreensão das essências da verdade para o amor (que é a livre opção da vontade pelo bem¹⁸) - essa realidade,

⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁸ V. MATOS, Luís Salgado. “Segurança”. *Dicionário de Filosofia Moral e Política* (2012), 1.ª série, coord. António Marques e Diogo Pires Aurélio. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova. Disponível em: <https://www.dicionariofmp-ifilnova.pt/wp-content/uploads/2019/07/Seguranca.pdf>.

⁹ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 42/43.

¹⁰ AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica. I-II, Q. 40, a. 8, respondeo*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² V. DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 47/49.

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19. Ainda: SILVEIRA, Sidney. *A felicidade e o mundo. Cosmogonia da Desordem: Exegese do declínio espiritual do Ocidente*. 1ª Ed. Edições C.I. Rio de Janeiro: 2018, pp. 120/127

¹⁵ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 17.

¹⁶ “Se a felicidade neste mundo é, como a definimos, a *posse habitual do bem* — para a qual se exige o uso virtuoso das potências superiores da alma, assim como o concurso da instância sensitiva —, e havendo no mundo uma escala de bens que trazem alegria e repleção em diferentes graus, alcançar tal estado requer circunstâncias externas favoráveis e fatores internos predisponentes. Isto porque os bens, sejam sensíveis ou inteligíveis, só podem ser alcançados se as potências da alma que os captam operarem em congruência com os princípios de sua natureza.” (V. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 120/122)

¹⁷ Vale anotar, com Silveira: “Não é ocioso lembrar que as criaturas irracionais — embora tendam a seus fins próprios na medida em que todo e qualquer ente está orientado ao *optimum* da espécie — são incapazes de verdade porque as operações de sua alma se dão no plano sensorial. Noutras palavras, para as criaturas irracionais não existe conteúdo inteligível. O animal irracional é, portanto, *incapax veritatis* porque as suas operações entitativas não transcendem à matéria.” (V. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, p. 277, nota 651).

¹⁸ “Conceito afim ao de potência, e não ao de ato, como acima dissemos, a liberdade realiza-se na escolha amorosa e ordenada do bem. Ou, noutra formulação: o bem – no plano metafísico, assim como no político – é o fim da liberdade, sendo o amor o exercício livre da vontade na escolha efetiva do bem. (...) não há genuína liberdade sem

nesta vida e de modo apenas relativamente estável, somente pode substanciar-se na posse hierarquizada dos bens materiais e intelectuais, verdade e bem (e, definitivamente, em última instância, do Próprio Ser Subsistente, Suma Verdade e Sumo Bem).

A preocupação com a segurança – a jurídica inclusive – está, assim, no cotidiano do homem: é, com efeito, um aspecto fundamental tanto em seus reflexos para cada indivíduo quanto para a sociedade. O anseio por níveis adequados de segurança apresenta-se, portanto, como algo inerente à condição humana, manifestando-se nas relações sociais como um princípio geral propriamente jurídico (na ordem prática, os fins cumprem o papel de princípios), o princípio da segurança jurídica que – dimanando do (e integrando o) bem comum (pauta da justiça legal)¹⁹ que deve realizar o “bem real humano”²⁰ – também enforma as atividades regulativas normativa e decisória.

A segurança jurídica dispõe-se, deste modo, como um princípio causal dos atos humanos sociais²¹ e – dado o caráter relacional do homem (ser social²², animal político²³) – “é uma propriedade natural da sociedade política”.²⁴

amor, e o amor pressupõe o bem e a verdade. (...) Em resumidas contas, a liberdade é potência para a felicidade, e só se pode realizar plenamente no ato que a especifica: a posse do bem na deliberação devida da ordem de bens que há na realidade. (...) Como a liberdade implica o uso da inteligência, a qual nos capacita a mensurar as escolhas a partir da apreciação dos dados nelas implicados, chegamos a outra definição: LIBERDADE É POTÊNCIA PARA A AQUISIÇÃO DO BEM RETAMENTE APREENDIDO PELA INTELIGÊNCIA. Radica na vontade, que tem sobre a inteligência *superioridade accidental no operar* – pois a vontade move todas as demais potências no ato de escolha -, mas *inferioridade essencial quanto ao ser*, pois a vontade nada seria sem a inteligência.” (Cf. SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 58/60).

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica. Fundación Speiro. Revista Verbo Reuniones. 1997. Número 351-352: Serie XXXVI, p. 208.*

²⁰ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 50.

²¹ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 67. Cito, em especial: “Quando S. Tomás de Aquino diz que o fim das leis é a tranquilidade temporal da sociedade política —*temporalis tranquillitas civitas*—, ou quando Le Fur afirma que a justiça e a segurança jurídica são “*les deux éléments, les deux faces du bien commun*”, ou ainda quando Radbruch observa que “o bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito”, reconhecem esses autores, no estatuto da segurança jurídica, um fim social, vale dizer, um princípio causal da sociedade. Dessa maneira, a segurança jurídica relaciona-se realmente com o sujeito actante, cujas ações específica e norteia desde o início, porque *finis est primus in intentione et ultimus in executione*, dirigindo a eleição e o uso dos meios eficientes para a consecução do bem social. A segurança jurídica, pois, é um princípio causal dos atos humanos sociais, finalidade precedente, no tempo e em dignidade, aos bens particulares e a todos os meios que se dirigem à realização do fim comum.”

²² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1169 b3.

²³ ARISTÓTELES, *Política*, 1253, a.

²⁴ V. DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 50. Cito: “A politicidade ou sociabilidade natural do homem assina ao fim comum da sociedade a tarefa de realizar o bem real humano —equivale a dizer, a satisfação da natureza do homem—, o que inclui, o quanto possível, a consecução da segurança política ou social. Não apenas, pois, *ubi homines, ibi societas e ubi societas, ibi ius*, mas também *ubi homines et societas, ibi securitas iuris*: a segurança jurídica, portanto, é uma propriedade natural da sociedade política. Naturalidade da segurança jurídica, porém, que não lhe impediu, ao largo da história, a oposição ideológica, sobretudo de raiz autoritária, quando não mesmo totalitária...”

Aponta-se²⁵, pois, caber aos seres humanos tanto a invenção das regras de suas relações sociais e de seu convívio político e cívico quanto dos modos de solução dos conflitos emergentes, regras e modos que – atuando como “causa eficiente do justo”²⁶, informados pelo princípio da segurança, perseguindo o bem comum e a determinação do justo concreto - contribuem para a consecução, em algum grau, ainda que relativo, de segurança em sua dimensão jurídica, uma especificação da segurança geral no âmbito da socialidade que também se manifesta como garantia²⁷ da posição de cada pessoa (por extensão, também das jurídicas), de seus bens e de seus direitos, e, de conseguinte, como jurídica proteção da coisa justa que a cada um se deve, com os meios de reparação em caso de violação.

Acompanhando sempre aos seres humanos e às sociedades algum grau relativo de insegurança, grau este que tanto mais se eleva quanto mais se distanciam de seu fim/bem individual e político, a crise de segurança dos homens e das sociedades presentifica-se também como uma crise de segurança jurídica que, mais do que “crise da lei”, é uma “crise do direito” ou no “campo do direito”, ou ainda, uma crise de “falta de certeza do direito”²⁸, um reflexo, em realidade, do abandono da relação de conformação - objetivamente fundada – do direito à moral, é dizer, do prescindir da eticidade do direito onto-metafisicamente ancorada, pois “[a] segurança jurídica, para o *iusnaturalismo* clássico, é o positivo reconhecimento do direito e do dever conformados moralmente”²⁹, um direito cuja determinação – ainda que mediada pela positividade³⁰ formal das leis, dos convênios privados e dos precedentes –, não se confunde

²⁵ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 14 e 50.

²⁶ *Ibidem*, p. 57.

²⁷ Recorde-se, ainda, BELTRÁN: “Que conceito resulta inevitável nas disciplinas como o direito comercial, o direito do trabalho, o direito tributário, o direito penal, entre muitas outras? Pois não se surpreenderá o leitor se respondo que o de segurança jurídica. Hoje vemos como a segurança jurídica é reclamada como garantia fundamental do comércio internacional e poderia ser invocada também como um elemento de integração social, na medida em que está firmemente vinculada à igualdade na aplicação da lei. Ou como garantia dos cidadãos diante de certas medidas políticas anticrise...” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prefácio da Edição Espanhola. In Ávila, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021, p. 15).

²⁸ Veja-se, além de DIP: LÓPEZ DE OÑATE, Flávio. *La certeza del derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin*. – Granada: Editorial Comares S. L., 2007.

²⁹ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 23/24. Cito: “Pérez Luño menciona o fato de que, logo após o desfecho da Segunda Guerra Mundial, um jurista espanhol, classificando e distinguindo, a sua maneira, os binômios segurança-justiça e iusnaturalismo-positivismo, opinava que os iusnaturalistas preferiam o ‘valor’ da justiça sobre o da segurança, ao passo que os positivistas tendiam a prestigiar o ‘valor’ da segurança sobre o da justiça. Essa distinção esbarra, porém, em que, para a doutrina iusnaturalista clássica, a segurança jurídica não pode provir senão da lei positiva (ou, quando mais, do direito consuetudinário) e em que essa lei só é lei se for justa. Dito noutros termos, para os iusnaturalistas clássicos, a ‘lei’ injusta não é lei, e a segurança jurídica supõe sempre o direito que há na lei. Equivale por dizer: tanto quanto é danoso o *ius incertum*, também o é o *ius iniquus*. A segurança jurídica, para o iusnaturalismo clássico, é o positivo reconhecimento do direito e do dever conformados moralmente (...).”

³⁰ “...é da tarefa do direito positivo a instituição de uma ordem social segura, tanto na relação precisa das ações devidas ou permitidas, quanto na vedação dos atos lesivos a outrem, seja, enfim, para a cominação das sanções ou

com o próprio texto legal, deve sempre deferência aos primeiros princípios ético-naturais e - dócil à natureza das coisas - realiza-se na tensão entre fato e norma, em consideração à experiência da realidade integralmente considerada, com a nota de que de modo algum isso conduza a um “factualismo” jurídico, é dizer, a confundir-se o direito, como pretendem alguns “realismos” de fundo empirista, com o próprio “fato” de sua aplicação.³¹

Para tratar-se de segurança do direito ou de certeza do direito, é preciso antes apontar o que é o direito. Se, em sua acepção primária³², não se confunde com a lei ou com as faculdades³³ resultantes da titularidade de um direito, tampouco com o “fato” de sua aplicação, mas é o justo concreto³⁴ (a coisa justa devida a outrem no âmbito de uma relação jurídica, o

consequências jurídicas das condutas. Essa função do direito positivo, sublinhe-se, é exatamente a que lhe confere o direito natural...” (*Ibidem*, p. 61).

³¹ “Se os direitos fossem constituídos pelas ordenanças dos povos, pelos decretos dos príncipes ou pelas sentenças dos juízes, seria direito roubar, seria direito adulterar, seria direito prestar falso testemunho, caso essas ações fossem aprovadas pelos votos ou pelas consultas populares.” (CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre as leis (De Legibus)*. Bruno Amaro Lacerda, Charlene Martins Miotti (tradução, introdução e notas). – Juiz de Fora, MG: Editora UFJF, 2021, p. 32). Veja-se, ainda, DIP: “Deprimiu-se a noção do justo como sentido primeiro do direito e, bem por isso, a estimativa do analogado principal de “direito”: a consequência desse desvio foi a submissão do direito aos condicionamentos aparentes - ou positividade -, com não importa qual conteúdo. Impôs-se apenas o bastante fato da regra: a vontade dos legisladores, de forças sociais, de administradores ou de magistrados.” (DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 80).

³² “Estamos, en primer lugar, ante una cuestión lingüística, padecemos una generalización inadecuada en el empleo de la palabra derecho. Defecto originado en el siglo XIV por el voluntarismo y el nominalismo y que se agravó, en el siglo XIX, por el positivismo legalista de la escuela de la exégesis”. (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *¿Los denominados «derechos fundamentales», son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con consecuencias jurídicas*. Revista Verbo. 2006 Número 441-442: Serie XLIV Número 441-442: Serie XLIV, pp. 47/48).

³³ VALLET DE GOYTISOLO aponta ser equívoco o uso da expressão “direito subjetivo” para designar o que são faculdades: “En cambio, creo que resulta una imprecisión y es equívoco el empleo de la palabra derecho en el sentido de derecho subjetivo dando ese nombre a lo que propiamente son facultades, potestades o inmunidades, resultantes de la titularidad de un derecho, porque, con esa denominación, el nombre que corresponde a la cosa (relación justa, institución justa) se atribuye al efecto que de aquella dimana y al cuál, por ello, se le confiere protección jurídica (...) O sea, la facultad deriva de la existencia del derecho y se tiene por razón de éste (al contrario de lo entendido por los nominalistas). De ahí, que el empleo de la palabra ‘ius’ en sentido equivalente a ‘facultas’ la incluya MOLINA en las acepciones que califica de equívocas”. (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *¿Los denominados «derechos fundamentales», son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con consecuencias jurídicas cit.*, pp. 48/49). Sobre o “direito” como termo analógico em S. TOMÁS, confira-se, ainda: ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del Derecho Justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 61 e ss..

³⁴ “Esta concepción primigenia o central del derecho como lo justo concreto, como la misma cosa justa, entronca con Sto. Tomás de Aquino que dice que «el nombre de derecho [...] se asignó primero para significar la misma cosa justa» (S.T. 11-11, 57, 1, ad1), con la tradición del Derecho Romano, y con Aristóteles. El derecho es una realidad: lo justo que se discierne en el caso concreto. El derecho, en este sentido primigenio, esto es, lo justo concreto, no es la ley”. (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho*. Verbo, núm. 349-350 (1996), 1069-1108, p. 1071). Na lição de DIP: “...uma realidade humana singular, exterior ao sujeito cognoscente (mediedade real), relativa a outrem (alteridade), ao qual é devida segundo certa proporção (reta razão)”. (V. DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 70, 78/79 e 86). Recorda GOYTISOLO: “De tener ese valor adjetivado, más adelante, la palabra ius pasó a ser sustantivada. VILLEY hace notar que el ‘to dikaion’ de ARISTÓTELES ya era “un neutro sustantivado. No significa la acción justa que designa un verbo construido con la misma raíz (‘dikaioprattēin’). Ni su sujeto, el ‘dikaios’. Sino ese objeto, la cosa justa”. Lo mismo es —dice— “en el latín de los jurisconsultos. El ius también es alguna cosa”. La ‘ipsa res iusta’, como dijo SANTO TOMÁS DE AQUINO (S. Th. 20 - 2ae, 57, 1, ad1). Pero el mismo VILLEY pregunta: “¿Qué clase de cosa? No una

objeto da justiça³⁵ que se realiza ao atribuir-se a cada um o que é seu e que se deve dar sempre em consideração à natureza de todas as coisas - *rerum natura* - e de cada coisa - *natura rei*)³⁶, a crise da segurança jurídica - que de muitos modos se manifesta, como na profusão de litígios judiciais e, particularmente, nas disputas de natureza econômico-empresarial – implica uma crise do direito³⁷, o que atrai ao centro da discussão o tema da interpretação jurídica e das metodologias de tomada de decisão.

Usam-se as expressões “segurança jurídica” e “certeza jurídica” para referir-se, em diferentes contextos, a conteúdos conceituais ora entre si identificados, ora diversos. Aponta-se³⁸, de todo modo, que o gênero “segurança jurídica”, sob o influxo de uma “tendência

*substancia, como son una persona, una casa, tal pieza de plata. Sino esa otra especie de res que los nominalistas trataron de suprimir del mapa del mundo, una relación entre sustancias” ... “Una proporción; ‘analogon’, según ARISTÓTELES; ‘aequum’ en latín. Una ‘aequalitas’. No la relación que entre las partes de ese todo que forma una relación de igualdad estricta, “aritmética”; sino la proporción calculable para que este todo se halle ordenado, un común denominador más pequeño, un principio de igualdad entre sus partes”. Pero, además, esa relación “compone un bien, una pieza del orden instituido por la Providencia”, que “tiene naturaleza de finalidad de término” que “tiende a «la justicia» —id ad quod terminatur actio iustitiae”’. De la justicia como ‘virtus’, jurídica, dirigida a ‘promover las buenas relaciones en el mundo externo’. Esta definición —hace notar nuestro citado autor — no se refería tanto a una virtud moral, como hoy se estima exclusivamente, sino al quehacer del derecho, tanto por el legislador como por el intérprete. En ella “se contenía la idea de una ciencia del derecho”, y expresaba el sentido “único y pleno”, preciso para “reconocer a las palabras ‘ius suum’ su significado antiguo”. Significado que había señalado el romanista francés SENN de modo coincidente con el de los glosadores: “Atribuir a cada uno su ‘ius’” (...) “la justicia determina el estatuto de cada cosa según la equidad. El objetivo del jurista será pues (si es verdad que el objetivo de ULPiano es proponerle su fórmula) el de atribuir a cada uno y cada cosa la condición jurídica que le corresponde”. (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El orden universal y su reflejo en el derecho*. Verbo, núm. 449-450 (2006), 695-714, pp. 709/710).*

³⁵ “A justiça, em sentido estrito, é a virtude cardeal e moral de dar a cada um o que é seu. O objeto da justiça é o direito, que consiste exatamente no *suum* indicado na célebre definição que acerca da *iustitia* formulou Ulpiano: *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* –a constante e permanente vontade de dar a cada um o que é seu. Assim, a justiça é o hábito prático do bem devido a outro –*habitus operativus ad bonum alterius*.” (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural*, 1ªed. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020, p. 123)

³⁶ “Y esto nos lleva a la definición de jurisprudencia, también de ULPiano, reproducida en *Dig., 1, 1, 10,2: “divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia”’. VILLEY comenta: “Mediante el estudio de cada cosa (‘rerum notitiae’) y, más precisamente, de lo justo de cada cosa (‘iusti atque iniusti scientia’) se trata de descubrir lo que cada uno es un mundo armoniosamente ordenado, su estatuto, su propia condición, ‘ius suum’, su puesto en el todo”. Es pues, preciso conocer la ‘natura rerum’. La naturaleza de las cosas —cosas en plural, que incluye su conjunto con el orden ínsito en ellas—, al que MICHEL VILLEY dedicó una comunicación en el Coloquio de ‘Philosophie du droit comparée’ de 1964, en la Universidad de Toulouse. En esa comunicación, distinguió claramente su significado clásico y el que denominó moderno, reducido a las cosas materiales, constituyentes de la ‘res extensa’ tan escindida de la ‘res cogitans’ cómo ésta de aquélla. La naturaleza de los clásicos engloba e integra todo lo que existe en nuestro mundo. No sólo las cosas físicas, los objetos materiales, sino también el hombre en su integridad, cuerpo y alma, y las instituciones sociales. Es decir, cuanto integra el universo social, en su unidad y su diversidad, en lo que permanece y lo que cambia en su movilidad; sus relaciones, no solo de causalidad eficiente, sino también formales y finales, con sus esencias y valores. Y aunque —según explica VILLEY— no podemos pretender un perfecto conocimiento de nuestros fines naturales, sí somos capaces de discernir, por lo menos, aquellos que menos nos desvían de la naturaleza y conducen a resultados más conformes a las finalidades naturales. Con ello —dice— las cosas resultan ricas en justicia, cargadas de contenido normativo, “contienen un derecho”’. (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El orden universal y su reflejo en el derecho cit.*, pp. 710/712)*

³⁷ V. DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 21/22.

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

pragmática de objetivação do termo ‘segurança’”, especializa-se em uma “certeza do direito” que manifestaria um estado pessoal de conhecimento ou confiança relacionado a “aspectos objetivos” da segurança jurídica (“disposições jurídicas, instituições, pessoas, fatos ou coisas”, critérios). Segurança e certeza jurídicas são usadas, ademais, ora para indicar uma situação de fato, ora para indicar um princípio ético-jurídico ou, ainda, um valor ético-político que deve informar um ordenamento jurídico.

A expressão “segurança jurídica” (e isso também vale para “certeza jurídica”), com efeito, tem comportado diferentes conteúdos conceituais, revelando polissemia e ambiguidade³⁹, ou bem aludindo a linhas que - salientando o vínculo entre segurança/certeza jurídica e justiça - apontam para a segurança/certeza jurídica como suporte da justiça, da ordem e da paz social⁴⁰, ou bem destacando a inviolabilidade das situações jurídicas protegidas, ou bem, ainda, indicando a previsibilidade das normas e decisões (ainda que em diferentes perspectivas, tais as formalistas, as antiformalistas e as factualistas).

³⁹ Veja-se, ilustrativamente: “Con alguna ironía, es posible detectar que pocos conceptos, entre aquellos considerados por la filosofía jurídica, son tan inciertos como el de certeza del derecho. En primer lugar, de hecho, tal expresión es hoy usada por juristas y filósofos del derecho para indicar cosas diversas: la previsibilidad de las decisiones judiciales, la claridad, la precisión y la inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas, la incontestabilidad de las relaciones jurídicas sobre las que haya sentencia definitiva, la univocidad de las calificaciones jurídicas, etc. En segundo lugar, los varios sentidos en que la expresión es usada son a veces muy vagos y potencialmente ambiguos. (...) Los juristas y filósofos del derecho, en lugares y tiempos diversos, han atribuido a la locución «certeza del derecho», o «certeza jurídica» (*Rechtssicherheit*, *legal certainty*, *sécurité du droit*, *seguridad jurídica*), múltiples significados frecuentemente muy diversos. Sin ninguna pretensión de completitud, se puede hacer la siguiente lista: la posibilidad de conocer *ex ante* las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los individuos, basada en el conocimiento de las normas del derecho; previsibilidad de la intervención (o de la no intervención) de los órganos con competencia para tomar decisiones o de mera ejecución en relación a cada uno de los supuestos de hecho; o previsibilidad del resultado de cada intervención de los órganos dotados de competencia jurídica para tomar decisiones, o bien previsibilidad de la decisión jurídica concreta; seguridad de las relaciones jurídicas, en virtud de una presumible estabilidad de la regulación o de la congruencia entre normativas subsiguientes en el tiempo; posibilidad de control *ex post* de las decisiones jurídicas; accesibilidad al conocimiento de la ley o, de modo más general, de las prescripciones jurídicas, por parte de sus destinatarios; conocimiento difundido y efectivo del derecho por parte de los asociados; principio que prescribe producir y aplicar las normas de modo tal que haga posible conocer anticipadamente de modo general o particular la valoración jurídica de los comportamientos futuros; univocidad en las calificaciones jurídicas, fidelidad de las decisiones a los precedentes judiciales, o coherencia y congruencia de las decisiones jurídicas; conformidad del derecho o de las decisiones judiciales a determinados estándares de justicia o de corrección; coherencia y completitud del ordenamiento considerado como sistema de calificaciones jurídicas; estabilidad de la cosa juzgada y además incontestabilidad de las relaciones jurídicas consumadas; completa definición de las fuentes de producción de las normas jurídicas; claridad, precisión e inteligibilidad de las directivas de comportamiento contenidas en las normas jurídicas; determinación de las competencias y de las relaciones recíprocas entre los poderes públicos; protección del ciudadano contra el arbitrio de los gobernantes y/o de los jueces, en especial gracias a la presencia de principios e instituciones específicas, como el principio de legalidad, la irretroactividad de la ley, etcétera”. (V. GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Marcial Pons, Madrid, 2012*, pp. 33 e 39/40). Confírmase, ainda, a nota 3, ao rodapé da p. 40.

⁴⁰ Em similar sentido: VALLET DE GOYTISOLO, J. *La función del notariado y la seguridad jurídica. Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 67, México, 1977.

De um modo geral, desde a perspectiva filosófica que permeia a presente tese, a segurança jurídica, integrando-se à justiça, supõe um direito moralmente conformado e manifesta-se assintoticamente, exigindo, objetivamente, a garantia da proteção jurídica dos bens e a possibilidade de reparação em caso de injusta ofensa⁴¹ e, logo, a “regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, por meio de suas normas e instituições”⁴², implicando, ainda, a estabilidade, “firmeza e eficácia das situações jurídicas”, com os reflexos da ordem social, “da paz política e, no plano subjetivo, da confiança comum”. Implica, ainda, a “positividade das regras” a permitir, desde o ângulo subjetivo, sua “cognoscibilidade, inclusiva da prognose de constância e efetividade e da disciplina das mudanças”⁴³. Acresça-se: um nível adequado de coerência interna, a diminuição de lacunas e antinomias, e a previsibilidade, a qual, integrando embora a segurança jurídica, sempre será parcial e graduada, seja porque a liberdade está suposta nos atos propriamente humanos, seja por ser impossível (ou, eventualmente, sequer recomendável) dispor - abstratamente e para o futuro - normas que comportem e abranjam todas as específicas situações que a dinâmica da realidade apresentará⁴⁴, seja porque com a lei o direito não se confunde (exigindo este uma determinação), seja, ainda, porque cláusulas abertas e princípios demandarão concreção justamente na particularidade dos casos, ademais de outros motivos, como a ambiguidade que muitas vezes revela a linguagem.

As expectativas quanto à previsibilidade/calculabilidade jurídica variam - e isto se abordará no capítulo I desta tese - desde posições que ou bem a idealizam como uma possibilidade de antecipar de modo absoluto o conteúdo das normas jurídicas e decisões (não raramente visando à instrumentalização dessa previsibilidade, para fins econômico-empresariais inclusive), ou bem compreendem tratar-se de uma possibilidade que comporta gradação, ou bem, ainda, revelam evidente ceticismo quanto à calculabilidade/previsibilidade jurídica.

⁴¹ “A segurança jurídica *em geral*, definiu-a Joseph Thomas Delos por seu aspecto de *garantia* - ao modo, pois, de um objeto terminativo: ‘a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos, ou de que, se esses ataques vierem a produzir-se, a sociedade lhe assegurará proteção e reparação.’ (V. DIP Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Editora Primvs, 2017, pp. 26/27).

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1991, p. 21 (tradução nossa).

⁴³ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 53.

⁴⁴ “... a *res iusta* é sempre um *singular operável*, de sorte que a lei, como *previsão* de caráter genérico e abstrato, não pode exaurir a variedade (quase) infinita de casos futuros, nem antecipar-lhes as circunstâncias.” (DIP, Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Editora Primvs, 2017, p. 41).

Entre as abordagens teóricas a respeito da segurança/certeza jurídica, identificam-se tendências redutivas a um seu aspecto, o de “previsibilidade”⁴⁵. Dentre essas tendências redutivas da certeza ao seu aspecto de previsibilidade, destaca-se a que sustenta que a “certeza como previsibilidade” operaria instrumentalmente para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas individuais.⁴⁶ Nessa perspectiva, aponta-se que, na base daquilo que se poderia indicar como nível de certeza jurídica de um ordenamento, de parte dele ou de uma sua norma⁴⁷, estaria o grau de segurança e orientação jurídicas de que gozam seus destinatários, tudo a refletir uma segurança/certeza jurídica cuja medição apenas exigiria, para os fins da aludida planificação das eleições práticas, “a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas [ainda que alternativas] de atos ou fatos”⁴⁸, uma “certeza jurídica como previsibilidade”⁴⁹.

A despeito de qual seja o móvel ético, psicológico e/ou ideológico de cada ser humano, anseia ele por segurança. Como ser social e relacional, também anseia por segurança⁵⁰ e previsibilidade nas relações jurídicas: necessita, o quanto possível, saber e prever⁵¹ aquilo que - por força de algum título⁵² - de direito lhe é ou ser-lhe-á devido, ou o que ele próprio deve ou deverá a outrem, a fim de planificar suas eleições práticas e antecipar/compreender as

⁴⁵ Apontando para a referida tendência redutiva, veja-se, por exemplo, ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 85/87.

⁴⁶ V., por exemplo, GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Marcial Pons, Madrid, 2012*. Ainda: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad. In DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36 (2013), pp. 85-105. Cito: “*En una primera aproximación podemos entender por seguridad jurídica la capacidad que nos proporciona el derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta.*”

⁴⁷ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad cit.* p. 182.

⁴⁸ ÁVILA expõe: “De outro lado, no entanto, pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar as alternativas interpretativas reconstruídas de dispositivos normativos e os efeitos da aplicação de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de ‘previsibilidade’ (*Voraussehbarkeit*), é ‘calculabilidade’ (*Berechenbarkeit*). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 143/144).

⁴⁹ Supondo uma concepção de direito que evidentemente não toma o analogado principal (é dizer, não toma o direito como a “coisa justa”), diz GOMETZ: “*En tal acepción, en suma, la expresión «certeza del derecho» alude en realidad a una «certeza de los individuos sobre el derecho», con particular referencia a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas concretamente enlazadas a actos o hechos*”. (GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad cit.*, p. 259).

⁵⁰ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 14/24.

⁵¹ V. LÓPEZ DE OÑATE, Flávio. *La certeza del derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. – Granada: Editorial Comares S. L., 2007*, pp. 20/25.

⁵² Lei, contrato, um fato jurídico ou mesmo a natureza humana. Conforme HERVADA: “O título é aquilo em que o direito tem origem, ou, dito de outra maneira, é o que causa a atribuição da coisa a um determinado sujeito. Há muitos tipos de títulos, porém podem ser resumidos na natureza humana, na lei, no costume e nos pactos ou contratos.” (HERVADA, J. O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito; tradução Sandra Marta Dolinsky. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 52).

consequências/responsabilidades que da conduta (própria ou alheia) advirão, considerada a sujeição a uma determinada ordem jurídico-normativa.

Nada obstante a isso - ainda que rejeitada uma perspectiva formalista tanto para o objeto da previsão quanto para o método de obtenção das previsões (é dizer, concepções formalistas sobre “o que se prevê” e sobre o “como se prevê”), e mesmo que suposta a compreensão da interpretação jurídica como uma atividade que não se realiza por um automatismo silogístico-dedutivo -, é manifesta, em verdade, a incompletude das noções de segurança jurídica e de certeza do direito quando reduzidas a um seu aspecto, o da “previsibilidade”, conclusão que deriva de motivos os quais, de modo não exaustivo, poderiam desde já ser suscintamente elencados.

Primeiro por não raramente revelar – apesar de uma por vezes autodeclarada neutralidade a respeito da finalidade das previsões⁵³ e de uma manifestada sobreposição de convencionadas “definições” para a segurança/certeza (como fato, valor ou princípio)⁵⁴ - uma visão nominalista compatível com a agnosia das essências e, logo, de uma essência da segurança/certeza jurídica (ou, quando menos, uma sua admissão por algum objetivismo débil que, ao cabo, é uma manifestação de subjetivismo), corolário de uma tão propalada quanto falsa “grande divisão” entre os planos do *ser* e do *dever* e de uma cisão entre ciências descritivas/positivas e prescritivas/normativas, fazendo-se, assim, meramente descritiva e redutiva da segurança/certeza jurídica retamente compreendida.

Depois, porque a providência (*providentia*) do verdadeiramente prudente faz a previsão de contingentes futuros em vista da ordenação da reta eleição das ações presentes ao

⁵³ “La definición aquí propuesta tiene la ambición de proporcionar por tanto una respuesta a las cuestiones del quién prevé, qué se prevé, cómo se prevé y cuánto se prevé, pero deja irresuelta la cuestión del por qué se prevé o, mejor, admite a este propósito cualquier posible móvil. (...) El simple hablar de certeza como previsibilidad, como hemos visto, implica de hecho la necesidad de referir el objeto de la previsión, el qué de la certeza, al plano del ‘Sein’ y, por tanto, indirectamente, a las consecuencias personales y patrimoniales, favorables o desfavorables, «soportadas por los asociados por los propios comportamientos o por las condiciones y por los estatus en que se encuentran». (...) Cae por tanto, a mi parecer, frente a esta exigencia de planificación estratégica, cualquier exclusión dogmática relativa al empleo a fines predictivos de conocimientos factuales: éstos, como se dijo, en tanto superpuestos a los conocimientos sobre el derecho «válido» en sentido iuspositivista, no pueden sino consentir previsiones más fiables y precisas.” (GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad* cit., pp 259/260).

⁵⁴ Veja-se a afirmação de GOMETZ: “Si la certeza del derecho ‘es’ un principio (o un valor) o un hecho es por tanto una cuestión que identifica las convicciones esencialistas de quien la formula. Nada impide ‘definir’ la certeza a la vez como un valor, como un principio o como un hecho. (...) En suma, debe repetirse para las concepciones normativas de la certeza cuanto se ha dicho en materia de concepciones factuales: no existe algo como ‘el’ principio o ‘el’ valor de la certeza del derecho, sino versiones diversas del principio y del valor mismo, que varían de acuerdo con el ordenamiento, con el momento histórico considerado e incluso con la orientación doctrinaria preseleccionada.” (*Ibidem*, pp. 66 e 71/72).

fim da natureza do agente (é dizer, a um fim - seu bem real - delimitado por sua forma, por sua essência) e ao bem comum, de modo que a previdência do prudente não é apenas solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas os prevê - não para agir, preceituar ou julgar independentemente do bem real humano, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas -, mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (os de normatização, aconselhamento e julgamento, inclusive), de tal modo que a realização da segurança/certeza, mesmo sob o aspecto de sua previsibilidade, não dispensa uma abordagem prescritiva.

Porque, ademais, se “não há efetividade jurídica possível à margem da *res iusta*, nem pode ser consistentemente justa uma situação instável”⁵⁵, para a consecução de uma real segurança jurídica a “seguridade da segurança jurídica” (*ius certum*) deve apresentar-se de par com a “juridicidade da segurança jurídica” (*ius aequus*), com o que, imbricando-se ambas⁵⁶, faz-se possível integrar a segurança na justiça em vista do bem comum e do bem real humano.

Por fim, porque, ao cabo, a visão de uma segurança e de uma certeza reduzidas à previsibilidade, embora em certa medida útil a uma mais efetiva previsão dos possíveis futuros contingentes, enfatiza a noção de uma absoluta autonomia do querer suposta pela “liberdade negativa”⁵⁷ do liberalismo, é dizer, de uma liberdade como fim, sem outro critério que não a própria liberdade, uma noção de liberdade que, já emancipada da verdade e do bem - supondo uma razão prática dissociada de um fundamento genuinamente objetivo - assume primazia sobre a ordem metafísica e ética.⁵⁸

Essa última constatação imediatamente conduz a que tanto concepções de segurança que se reduzem ao seu aspecto de previsibilidade (sob um enfoque empírico-descritivo) quanto as que (prescritivamente) perseguem previsibilidade/calculabilidade por meio de uma “segurança de critérios” (subjativos) a ser *construída* argumentativamente⁵⁹ (e mesmo quando

⁵⁵ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 53/54. Ainda: “...uma situação segura, verdadeiramente *estável*, é dizer, estabilizada de maneira pacífica, somente pode derivar de um *status* de justiça: *pax, opus iustitia* - segurança jurídica sem juridicidade não é segurança.” (DIP Ricardo. *Registro de Imóveis. Princípios*. Editora Primvs, 2017, p. 41).

⁵⁶ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 53.

⁵⁷ Na expressão de Danilo CASTELLANO.

⁵⁸ “*La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva.*” (LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, p. 87).

⁵⁹ V. ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 88/90. Ainda: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*

voltadas à realização de “direitos fundamentais”/“direitos humanos”⁶⁰), porque destituídas de um fundamento onto-metafísico, revelam-se falhas para o fim de prover genuína segurança jurídica.

Em outras palavras, se não se fazem suficientes à segurança jurídica abordagens que maximizem desmedidamente aspectos fático-descritivos em detrimento de elementos tão ou mais importantes que integram a própria noção de segurança, de justiça e de bem comum, tampouco cumprem o desiderato abordagens prescritivas que - olvidando a fundamentação objetiva de todo conhecimento prático e de toda normatividade e, por conseguinte, da jurídica - busquem uma “segurança de critérios” (subjetivos) estruturante e normatizante para propiciar uma melhor previsibilidade/calculabilidade de um ser jurídico contingente e futuro.

Atingido o ponto, impõe-se destacar que a consecução da segurança jurídica na regulação das relações econômico-empresariais nacionais e transnacionais, promovendo tanto quanto possível a previsibilidade, a ela não se reduz, devendo harmonizar-se tanto à essência racional do ser humano e ao seu fim quanto ao bem comum exigido pela sã ordenação política.

Segundo diferentes tradições *iusfilosóficas*, o tema da interface entre direito e economia recebe enquadramentos diversos. Desde a tradição da filosofia aristotélico-tomista – conforme abordagem constante do Capítulo II - não é possível separar a economia de uma conformação moral. Considera-se, assim, a economia enquanto atividade na qual se dão atos propriamente humanos, é dizer, com o concurso das potências intelectual e volitiva. Nesse contexto, condicionada pela ordem moral, a economia é também meio para o aperfeiçoamento

⁶⁰ Sobre uma importante distinção conceitual – a despeito de uma “sinonímia prática” no uso que por vezes se verifica - das expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos naturais”, confira-se a esclarecedora explanação: DIP, Ricardo. Direitos Humanos e Direito Natural. Palestra proferida para o IEP-Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa, em 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://mmjusblog.wordpress.com/2021/11/11/direitos-humanos-e-direito-natural/>. Ainda: DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? *Aquinate*, n. 17 (2012), 13-27; DIP, Ricardo. Os direitos humanos e o direito natural. De como o homem *Imago Dei* se tornou *Imago Hominis*. Livraria Resistência Cultural Ed. – São Luís: 2022; VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo: 2007. VALLET de GOYTISOLO - sem deixar de apontar o problema causado pelo nominalismo sobre o genuíno conceito de direito (*ius - quod iustum est*), é dizer, ao emprestar sentidos subjetivos antes não conotados pela expressão (subjetivação do direito, que passa a ser tomado, dentre outros sentidos, como faculdade ou pretensão) -, recorda que a expressão “direitos humanos” é utilizada por S. João Paulo II, na encíclica *Centesimus annus*, em um sentido específico que, embora sujeito à perda de tonalidades, requer: “a) *La prelación de los derechos para con Dios impuestos a la persona humana.* b) *La consideración del hombre en su dimensión plena, creado por Dios y destinado a El.* c) *La objetividad determinada por el bien común.* d) *La inherencia, a los derechos, de los deberes consiguientes en el mismo sujeto de aquéllos.* e) *Y la referencia no sólo a los bienes materiales, sino también a los espirituales.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *La encíclica “centésimo aniversario” en la tradición de la doctrina social de la iglesia proyectada a cosas nuevas. Verbo. Verbo, núm. 297-298 (1991), p. 1055/1058*).

do ser humano em vista de sua felicidade, seu fim/bem, mantendo tanto com a justiça, virtude cardeal, quanto com a política, que visa ao bem comum, estreita relação, de modo que toda técnica econômica deve supor um uso ético e servir ao bem comum e ao bem real humano.

Se toda ordem está em função de seu fim, também a econômica condiciona-se ao fim da comunidade política e à consecução do bem real e da felicidade humana, a qual, por sua vez, pode ser divisada pela especulação do que seja a natureza do ente que, tendo corpo material, possui também alma racional⁶¹, uma natureza que reclama, para seu integral desenvolvimento, bens necessários de ordens diversas (material e intelectual/espiritual) cuja eleição e posse devem hierarquizar-se e subordinar-se em função do fim desta mesma natureza (em especial de seu Fim Último) e às exigências do bem comum.⁶²

⁶¹ Alma, para S. Tomás, é a forma substancial de um ser vivo: “O termo ‘alma’ significa antes de tudo a forma substancial de um ser vivo e, portanto, o princípio formal da vida. Ele equivale ao princípio vital. Todo ser vivo possui alma, seja um simples vegetal, seja, ainda mais, um animal. (...) E o homem é um animal que, ainda que permanecendo animal, é racional. Enquanto princípio do pensamento, a alma humana será denominada *mens*, a ‘mente’, o espírito. Para Santo Tomás, a forma, a mesma identicamente, é o princípio animador de todo o ser corpóreo, vivo sensível, que é o homem, e o princípio de sua vida espiritual de pensamento e liberdade”. (V. NICOLAS, Marie-Joseph. Vocabulário da Suma Teológica..., pp.72/73). Veja-se, ainda, DIP: “*En los hombres, (...) además de una «naturaleza» propia de la razón (natura rationalis) —esto es, su principio intelectual, su alma intelectual—, hay otra «naturaleza», propia del cuerpo, una naturaleza sensitiva o común al género (natura sensibilis vel animalis), aun cuando la composición —de materia y forma— y el orden de la unidad personal del hombre tengan su forma sustancial en la rationalis natura, «con sus muchas y diversas operaciones y virtudes». En cuanto a la natura sensibilis hominum —la naturaleza sensible—, ULPiano se referirá ya al hecho de que ésta enseña a todos los animales, incluido el hombre: quod natura omnia animalia docuit; pero esa naturaleza animal o sensibilis no excluye el concurso y el primado de las exigencias de la naturaleza humana específica, natura rationalis. (...) en los hombres, lo que es propio de la naturaleza humana corporal (o animal) está subordinado a la ordenación y a la dirección racional, porque la formalidad específica de la naturaleza (rursus: que, en el caso de los hombres, es la razón) posee primacía constitutiva y finalista: «La naturaleza de cada cosa (dice SANTO TOMÁS) principalmente es la forma, según la cual la cosa logra su especie. Mas el hombre está constituido en su especie por el alma racional. Y por eso lo que es contra el orden de la razón (contra ordinem rationis), es (proprie) contra la naturaleza del hombre (contra naturam hominis) en cuanto es hombre. Es, pues, bien del hombre ser según la razón [conforme a su naturaleza] —secundum rationem, est secundum naturam hominis —».” (DIP, Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 39/48, pp. 41/42).*

⁶² Veja-se Ricardo DIP: “*Múltiples son las acepciones, en las lenguas romances, de los correspondientes vocablos derivados, de modo directo, del latín natura, naturæ (p. ej., el castellano «naturaleza», el portugués «natureza», el francés «nature», el italiano «natura», etc.). El sentido originario de natura es el de «nacido» (natus), participio pasado de nascor (natum sum), «nacer», «venir al mundo», o, según una palabra latina precedente, gnascor (gnatus sum), resultante de la unión del prefijo indoeuropeo gna y el sufijo sko; de donde se tienen los términos gens (raza) y genus (generación; linaje; algo semejante). El término natura se usó, primero, para significar la generación de los entes vivos —la naturaleza ut generatio nascentium—, y, después de comprender de modo autónomo, ya sea la materia, ya sea la forma de los entes, el concepto natura pasó a significar también la sustancia —o sea, la determinación de la materia por la forma—; de ahí que el adjetivo naturalis, naturale también indique lo conforme o conveniente a una cosa en razón de su propia sustancia, tanto en el ámbito entitativo como en el de sus operaciones —porque cada ente posee, por naturaleza, una tendencia—. (...) lo que se dice, entonces, en este sentido estricto, ser de la naturaleza de un ente —scl., lo que es natural a un ente— es aquello que le es dado como necesario para en él reconocerse un linaje entitativo, y también operativo, una semejanza de notas conceptuales, una especie, un tipo, y también una inclinación, una tendencia, un apetito natural.” (DIP, Ricardo. *La naturaleza humana cit.*, p. 40). Aínda, Michel BASTIT: “*La naturaleza es, por tanto, un principio de autonomía**

Considera-se, assim, para os fins desta tese, a concepção aristotélica e também tomista de ciência como conhecimento pelas causas (*cognitio certa per causas*⁶³), uma atividade que conhece a ordem por suas causas universais e se fundamenta nos princípios mais elementares que regem o cosmos e que são necessários à explicação da estrutura do real (ser, movimento e verdade), bem assim sua aplicação ao âmbito do conhecimento prático (partindo de princípios necessários e verdadeiros, busca-se dirigir o agir humano), supondo-se (o que se faz necessário para não se dissociar o uso da técnica de critérios éticos ou dissolver-se as ciências humanas/morais em algum determinismo econômico histórico-materialista) a distinção⁶⁴ tricotômica entre - para além das naturais - ciências espaciais/econômicas/sociais e humanas/morais (englobando estas o direito e a política, que supõem a liberdade humana e são, especificadamente, prudenciais) quanto a conformação moral das ciências política, jurídica e

y desarrollo de los seres naturales según lo que son. El hombre forma parte de ella, en comunión con las plantas y los animales, pero presenta una finalidad propia a su naturaleza, a saber, la de un ser dotado de un intelecto que es su última parte y que impregna de razón o de espíritu todos los demás comportamientos. Su desarrollo propio es así el de su razón teórica y práctica a través sus actividades ético-políticas.” (BASTIT, Michel. *La invocación de la normatividad de la naturaleza en el derecho. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 31/37, p. 37).*

⁶³ “CIÊNCIA (*Scientia*). Essa palavra tem para Santo Tomás um sentido muito diverso daquele que é hoje corrente, e que vale sobretudo para as ciências exatas e experimentais (...) Ela significa para Santo Tomás não somente o conhecimento perfeito, certo, absolutamente objetivo e para todos demonstrável, mas o conhecimento pelas causas, isto é, pelas razões internas. Neste sentido, conhecer cientificamente é não somente saber, mas explicar pela essência e pela natureza das coisas, passar dos fatos e dos fenômenos (ponto de partida obrigatório para o espírito humano) ao próprio ser e à razão de ser. A ciência é dita especulativa quando busca apenas conhecer, prática quando visa à ação. No sujeito que a possui, ela é um *habitus* intelectual, distinto do *habitus* de sabedoria e de simples inteligência. Distinto igualmente da arte que governa o fazer (*opus*) e não o agir (*operatio*). Compreende-se então que sejam os graus de abstração, isto é, de inteligibilidade, que constituem a diversidade e ao mesmo tempo a hierarquia das ciências. Longe de opor-se à noção de filosofia, a noção de ciência assim compreendida está incluída naquela. O que a filosofia acrescenta à ciência é a ideia de sabedoria, ou seja, de recurso à causa última, à razão última (ao menos sob certa ordem).” (Cf. NICOLAS, Marie-Joseph. *Vocabulário da Suma Teológica...*, 2016, p. 76). Recorde-se, também, com DIP, a relação entre o conhecimento pelas causas e a sabedoria: “Aristóteles, no Livro I da *Metafísica*, deixou dito que julgamos mais sábios os que têm conhecimento das causas (981 b 6), e que a sabedoria exatamente é a consideração das causas; S. Tomás, no comentário a essa lição aristotélica, afirmou que tanto mais se é sábio quanto mais se é elevado no conhecimento das causas – *tanto sapientior est, quanto magis accedit ad causæ cognitionem.*” (V. DIP, Ricardo *Abc do direito natural...*, p. 37). Veja-se, por fim, mais uma vez DIP: “Com efeito, define-se a ciência, no conhecido conceito aristotélico, *cognitio certa per causas*; mais ampliadamente, a ciência é o conhecimento da realidade, de modo crítico, metódico e sistemático, não se reduzindo à noção específica das ciências da natureza. (DIP, Ricardo. *Da ética geral à profissional dos registradores prediais. 4ª Edição [eletrônica]. Quinta Editorial: 2008, p. 13/14).*

⁶⁴ Veja-se d’ORS, ÁLVARO. *Derecho, Política, Organización, Sociología: un ensayo de ubicación sistemática (1977). ‘In’ Ensayos de teoría política. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1979, pp. 13/28.* Sobre a necessária distinção entre ciências sociais e humanas, veja-se AYUSO, citando as obras de Charles DE KONINCK e Álvaro d’ORS: “...para la necesidad de distinguirlas, Charles DE KONINCK, «*Sciences morales et sciences sociales*», *Laval Philosophique et Théologique (Québec)*, vol. I, núm. 2 (1945), pp. 194 y ss. *La indistinción resulta en extremo nociva y entraña gran peligro para el recto entendimiento de las ciencias morales, como ha resaltado entre nosotros con gran finura, no exenta de elementos discutibles, Álvaro D’ORS, Sistema de las ciencias, 4 fasc., Pamplona, EUNSA, 1969, 1970, 1974 y 1977*”. (AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿ Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29, pp. 20/21, nota 29).*

econômica (esta que, não sendo moral em si, deve conformar-se moralmente enquanto “economia normativa”) e a subordinação de todas elas à metafísica.⁶⁵

Com esse enquadramento, é preciso observar - a propósito de uma equivocada concepção empirista ou “positivista-humeana” da relação entre ciências morais e sociais (que supõe a completa separação entre ciências positivas/descritivas e prescritivas/normativas e, pois, a negação de um fundamento objetivo para a valoração e normatização de toda atividade prática, política, direito e economia inclusos) -, que o sociólogo e o economista, quando examinam os fatos/ações humanos - não para prescrever, mas para descrever e explicar o que é -, devam excluir de sua consideração o que *deve ser*⁶⁶, admitindo uma tão propalada quanto falsa “grande divisão” entre *ser* e *dever*, tão cara ao empirismo e ao positivismo (e, em matéria ética, pressuposto de muitas correntes subjetivistas, relativistas e céticas), mas que, bem vista a realidade em seu conjunto, não se sustenta. A moral, com efeito, não é um construto, uma mera manifestação cultural, uma categoria subjetiva arbitrariamente projetada, mas encontra seu fundamento no *ser*, nas finalidades objetivas da própria natureza humana real considerada em sua totalidade (física e moral), nas finalidades da essência de um ser humano composto por corpo e alma, uma natureza que se inclina a bens diversos (materiais e imateriais) cuja disposição para a posse deve ordenar-se e subordinar-se ao atendimento dos fins dessa mesma natureza (e, ao cabo, do Fim Último), o que, por sua vez, exige uma economia assentada em uma justa hierarquia dos bens⁶⁷, uma economia que, como ciência e arte (técnica), não se subtrai ao âmbito moral em que se inserem os atos humanos, e que, em verdade, é auxiliar para que se alcance o (e, assim, submete-se ao) fim da comunidade política, é dizer, o bem comum, o qual para tudo se lhe constitui regra para a regulação.⁶⁸ Não, portanto, uma economia que subordina

⁶⁵ Sobre a classificação das ciências na tradição em lume pelos graus de abstração da matéria, veja-se: GARDEIL, Henri-Dominique., *op. cit.*, Lógica. A demonstração, pp. 195/200. Confirma-se, ainda, SILVEIRA: SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 264. Ainda, SILVEIRA: “...a metafísica, por ser *filosofia primeira*, como ensinara Aristóteles, fornece a todas as demais ciências os princípios sem os quais elas sequer poderiam ser chamadas propriamente de ‘ciências’ (...). E isto simplesmente porque a categorização metafísica é formalmente anterior à das demais ciências, que pegam os seus princípios de empréstimo da filosofia primeira para lograr os fins a que orientam os seus estudos. (...) A ciência metafísica, portanto, pode e deve imiscuir-se nos problemas de todas as demais ciências, quando estas contrariam os princípios indemonstráveis que lhes servem e esteio. Tal ‘intromissão’ lhe cabe de direito, em virtude da absoluta UNIVERSALIDADE DO SEU OBJETO FORMAL TERMINATIVO e, também, do seu grau de abstração superior ao de todas as demais ciências: o ente *enquanto ente* — ou o ente na medida em que é o que “tem ser” (*habet esse*), ou seja, tudo o que há.” (Cf. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 234/236).

⁶⁶ V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 27-49, p. 48.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁸ “*Economía deriva – como es sabido – de oikos (que en griego significa la casa en sentido amplio) y nomia (que significa norma). Economía sería, por tanto, el conjunto de normas que presiden y guían la administración de la casa. No solo de la casa entendida como familia (o como tribu), sino de la comunidad en sentido amplio: de la comunidad familiar (economía doméstica) y de la comunidad política (economía política). La economía forma parte de la administración, no de la política. Es, por tanto, ciencia y arte para auxiliar a alcanzar los fines de la*

a política e o direito a fins e interesses destoantes do bem comum e do bem real humano, mas uma economia que empresta a técnica para seu prudencial uso, também para fins regulatórios, devendo subordinar-se a uma política e a um direito moralmente conformados. Uma economia, enfim, cuja natureza é de “economia política humanista”.⁶⁹

Embora configurem âmbitos próprios e distintos, entre economia e moral há de fato estreito vínculo, uma vez que a economia é uma atividade humana que não se subtrai aos critérios morais, um agir moral cuja relevância é manifesta ainda quando se obra para desrespeitar os critérios pelos quais se deve nortear, caso em que se erige uma economia que desumaniza e sacrifica o homem no altar da produção.⁷⁰

Considerando a realidade nacional e global atual, é preciso, de novo e sempre, sublinhar que o desenvolvimento de reflexões teóricas nas ciências humanas (dentre as quais situam-se a política e o direito) e nas ciências sociais (âmbito no qual se insere a economia), não se subtrai ao aspecto prático-moral subjacente a essas ciências, devendo, ademais e de modo

comunidad. Es esta, en consecuencia, la que se pone como regla; rectius, es el fin de esta el que 'dicta' la norma principal de la economía, que debe ayudar a conseguirlo. Puede ser instrumento para alcanzarlo solamente a condición de que use correctamente las 'leyes' económicas, pero cometería un error si pretendiese transformar las 'leyes' económicas en 'leyes' políticas.” (V. CASTELLANO, D.. Orden Natural y Economía. In Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, p. 23).

⁶⁹ Conforme Danilo CASTELLANO e Marcel DE CORTE (*Ibidem*). Note-se: a expressão “humanista” aqui não se liga à noção moderna – imanentista, antropocêntrica e, após, liberal - de “humanismo”, que só pode resultar em fundar a dignidade humana na liberdade do liberalismo (absolutamente autodeterminada, um fim em si mesmo – uma mal concebida liberdade, portanto), mas guarda o sentido do transcendente na realização da ordem temporal, individual e socialmente, para que o ser humano possa alcançar seu Fim Último, que é o Bem Comum de cada um e de todos. Para uma distinção apropriada da expressão equívoca que é o “humanismo”, veja-se: AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29, pp. 23/26.* Cito: “Así pues, el humanismo, a partir del movimiento literario surgido en el siglo XIV principalmente en Italia, que aparece signado por la intención de recrear el universo grecolatino y de lograr el perfeccionamiento humano por medio del conocimiento, se desdobra en dos tendencias divergentes: una trascendente que continúa el ideal medieval de realizar el orden temporal con sentido de eternidad, individual y colectivamente, esto es, que espera alcanzar el propio crecimiento perfecto con la contemplación ultraterrena de Dios, así como divisa en la historia un plan providencial; y otra inmanente, que se funda en la dignidad de un hombre cuya libertad está autodeterminada y que se considera un fin en sí mismo.” (p. 25).

⁷⁰ V. CASTELLANO, D. *Orden Natural y Economía. In AYUSO, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, p. 20, nota 11.* Veja-se, ainda, S. JOÃO PAULO II: “Estas críticas são dirigidas não tanto contra um sistema económico, quanto contra um sistema ético-cultural. De facto, a economia é apenas um aspecto e uma dimensão da complexa actividade humana. Se ela for absolutizada, se a produção e o consumo das coisas acabar por ocupar o centro da vida social, tornando-se o único valor verdadeiro da sociedade, não subordinado a nenhum outro, a causa terá de ser procurada não tanto no próprio sistema económico, quanto no facto de que todo o sistema socio-cultural, ignorando a dimensão ética e religiosa, ficou debilitado, limitando-se apenas à produção dos bens e dos serviços. Tudo isto se pode resumir afirmando mais uma vez que a liberdade económica é apenas um elemento da liberdade humana. Quando aquela se torna autónoma, isto é, quando o homem é visto mais como um produtor ou um consumidor de bens do que como um sujeito que produz e consome para viver, então ela perde a sua necessária relação com a pessoa humana e acaba por a alienar e oprimir.” (S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html).

não menos relevante, guardar o fundamento onto-metafísico objetivo, evitando-se para tudo o equívoco de cunho filosófico - típico ao liberalismo, ao empirismo e ao positivismo - de uma difundida desvinculação completa entre moral e economia implicativa de uma propalada falsa neutralidade desta e de sua conseqüente pretensão de ilimitada autonomia, erros filosóficos que só podem gerar uma “economia positiva” desvinculada de uma “economia normativa”, é dizer, de uma economia – um campo do saber cujo substrato é a própria conduta humana - já aleijada de seu componente especulativo e filosófico-moral necessário ao julgamento destes mesmos atos humanos, o que, por sua vez, só pode supor – porquanto seria contraditório reconhecer o caráter moral desses atos e ao mesmo tempo negar-se a integrá-lo aos estudos das ciências sociais e da economia⁷¹ – uma visão que rejeita e/ou despreza um julgamento objetivo sobre a moralidade dos atos humanos (é dizer, que ignora um julgamento que possa ser guiado por uma racionalidade que não é meramente instrumental, calculadora, mas que se dispõe para acolher a realidade, segundo a natureza das coisas e de cada coisa, para obrar, normatizar e decidir em conformidade com ela), de tudo resultando a produção de uma economia normativa entregue ao (e a serviço do) mais agudo voluntarismo político e jurídico.

Nessa perspectiva, deve-se considerar o elemento fático acessível aos sentidos e, após, todo ente à luz dos primeiros princípios do intelecto (o da não contradição, na razão especulativa, e o sinderético – uma extensão daquele – no âmbito da razão prática, o qual impõe que se faça e persiga o bem e que se evite o mal), à luz dos princípios derivados que alcançam concreção na realidade fática, à luz, enfim, da natureza das coisas, do fim do próprio ser racional que conhece e age e do bem comum, compreendendo-se que a economia, como atividade humana, não se subtrai à consideração moral e prudencial, e que por meio dela conteúdos de ciência empírica e de técnica contribuem, desde que não como fim em si, mas como auxílio à consecução dos fins do ser humano e do bem comum⁷², pauta da justiça geral e fim da comunidade política.

⁷¹ V. MIGUEL. Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana*. Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464, pp. 463/464, pp. 451/452.

⁷² O bem comum não se confunde com o mero interesse público nem com bem coletivo. Na apreensão de seus contornos está o cerne do problema político. Cito a lição de CASTELLANO: “*Aristóteles, por ejemplo, comprendió la cuestión en su profundidad tanto que en las primeras páginas de la Ética a Nicómaco, al afrontar la cuestión teórica del bien y del fin, observa que el objeto de la política es el bien del hombre y para el hombre: el bien –escribe– es el mismo para el individuo y para la ciudad, aunque es más hermoso y más divino el bien de un pueblo, esto es, de ciudades enteras. No se trata de una distinción cualitativa sino solamente cuantitativa. El bien de la comunidad es el mismo bien del hombre individuo; un bien no elegido, no creado por la voluntad humana, sea la del individuo (como enseña, por ejemplo, Locke), sea la de la colectividad (como sostienen los comunitaristas), sino un bien objetivo porque intrínseco a la naturaleza del hombre. El bien común, así pues, es el bien de todo hombre en cuanto hombre y, por lo mismo, común a todos los hombres. Este bien es el único bien*”

Trata-se de reconhecer e fomentar, portanto, uma economia cujos fins particulares, gerais ou sociais, insiram-se e integrem-se na ordem geral dos fins⁷³, de reconhecer-se que o estudo fático/positivo/descritivo não se faz com desprezo do âmbito normativo/prescritivo, o qual ademais, não está à mercê de uma vontade humana absolutamente autônoma, mas deve subordinar-se – se não se quer instrumentalizar o ser humano, desumanizando-o – a exigências teleológicas inscritas na própria natureza humana e ao fim da comunidade política, ao bem comum que se constitui norma principal, régua ou *regula* das decisões em economia, é dizer, critério de sua regulação e, particularmente, da regulação a que se submete pelas vias legislativa e judicial.

Remanesce, em alguma medida, relevante – em atenção à adequação das noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico – que o direito comercial/empresarial continue a debruçar-se sobre o fenômeno econômico da empresa segundo diversos perfis, tais o subjetivo, o funcional ou dinâmico, o patrimonial e o corporativo⁷⁴. Assume, todavia, nos dias atuais, especial importância considerar, conforme se tem apontado⁷⁵, a “evolução” no tempo do estudo do direito comercial e da empresa (ato de

*justo y, por ello, fin y regla de la política, la cual no tiene una pluralidad de fines sino este único fin. Este fin, es cierto, se puede y se debe conseguir en presencia de tradiciones diversas, de lenguas plurales, de múltiples costumbres: unifica entre la pluralidad de las legítimas opciones particulares que, a veces, son necesarias. La comunidad que constituye no tienen problemas de minorías ni de etnias: el bien común es universal y particular al mismo tiempo, no está ligado a la fortuna (riquezas, poder, etc.), sino a la felicidad, que tiene por premisa indispensable y fin histórico la vida humana conforme a la propia naturaleza, esto es, vivida humanamente. Aristóteles observó que la felicidad es directamente proporcional a la virtud, a la prudencia y al obrar informado por la prudencia y la virtud (Política, VII, 1323 a-b). Exactamente lo contrario de lo que enseña y practica la cultura política contemporánea, sea stricto sensu liberal, socialista o comunitarista. Por ello, es necesario volver a problematizar la cuestión del vivir bien, que no es –como entienden las teorías políticas contemporáneas hegemónicas– la “buena vida”. Ello ayudará a volver a descubrir la comunidad en su sentido originario y tradicional. De tal comunidad es de la que los hombres de todo tiempo tienen necesidad.” (CASTELLANO, Danilo. *De la comunidad al comunitarismo. Traducción castellana de Miguel Ayuso. Verbo*, núm. 465-466 (2008), 489-494, p. 494). Veja-se, ainda: RAMÍREZ, Santiago. *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común. Madrid: Euramerica*, 1956.*

⁷³ Carta encíclica *Quadragesimo Anno*. (1931) Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

⁷⁴ Cfr. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996. Tradução de Fábio Konder Comparato. ASQUINI compreende a “empresa” na perspectiva de um fenômeno econômico poliédrico que ostenta, sob o aspecto jurídico, diversos perfis (subjetivo, funcional, patrimonial e institucional) relacionados aos diversos elementos que o integram. Definições jurídicas de empresa, assim, variariam segundo os diferentes perfis pelos quais o fenômeno econômico poderia ser encarado, a gerar a dificuldade de uma conceituação, para fins legislativos inclusive. A conceituação variaria se enfocada o fenômeno econômico, ou se enfocada a disciplina jurídica com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. Sob o ângulo econômico, o conceito indicaria tratar-se a empresa de uma organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para a troca, com a criação de riqueza por meio de atividade profissional, que supõe riscos técnicos e econômicos e é normalmente voltada ao lucro.

⁷⁵ V. FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro. – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. Parafraseando ASQUINI, FORGIONI expressará sua compreensão do mercado como “fenômeno poliédrico”: “Recorrendo novamente à Asquini, e valendo-nos de uma figura de linguagem, podemos encarar o mercado como um ‘fenômeno poliédrico’. Uno em sua existência, não pode ser compreendido

comércio → atividade da empresa → dinâmica do mercado), com destacada ênfase para o papel das empresas em suas dinâmicas relações e enquanto agentes econômicos atuantes no mercado, a empresa como instituição social com contornos cada vez mais amplos e inserida em um contexto de esboroamento de pretendidas estancas fronteiras entre direito público e direito privado e em que se discute a função social da propriedade e dos contratos diante - dentre outros fenômenos - dos riscos ao “bem comum” gerados pela “atomização das relações contratuais” impulsionada pela submissão do “bem comum” ao “bem privado” de organizações ou grupos de pressão, do advento dos direitos trabalhista, consumerista e concorrencial e da necessidade de lidar com os riscos⁷⁶ gerados pelas inovações tecnológicas, quadro que acaba por atrair marcos regulatórios que se estabelecem segundo os fins e interesses que procuram resguardar.

Nessa perspectiva, com efeito, considerando que os agentes econômicos que se organizam como empresas passam a ser vistos desde a dinâmica de suas complexas relações entre si, no mercado (ou mercados), e com seus reflexos sobre o tecido social e jurídico, em nível global inclusive, devem sujeitar-se, nos ambientes em que atuam, a alguma regulação.

Se essa regulação não pode encontrar, como alguns liberais sustentam, no próprio “mercado” (ou, caso se prefira, em “leis naturais do mercado”) o *locus* fundante de seus critérios últimos, tampouco é da previsibilidade/calculabilidade que se pode extrair, como também se poderia pretender⁷⁷, sua razão de ordem, mas de algo que está para além do mercado e de uma razão meramente calculadora, reclamando sempre um límpido olhar sobre a natureza das coisas e de cada coisa (em especial sobre a essência humana e sobre a justiça geral, com sua pauta do bem comum), realidades ontológicas que impõem suas exigências ao âmbito prático, também para as atividades legislativas e judiciais.

Em outras palavras, embora a análise e emprego de técnicas e modalidades regulatórias assumam destacada importância, não é no próprio mercado, tampouco na

senão quando encarado por uma de suas faces, *todas interdependentes entre si*; é impossível que uma delas falte ao mercado, tal como não é possível que um cubo tenha, apenas, cinco faces. Seguindo sempre nessa figura, podemos explicar o mercado a partir de seus perfis ou dimensões, quais sejam: [i] econômico; [ii] político; [iii] social e [iv] jurídico.” (p.149)

⁷⁶ Para alguns, um novo paradigma em matéria de regulação (V. CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica. Barueri, SP: Manole, 2018, pp. 50/54).

⁷⁷ V. IRTI, Natalino. *Per una teoria della norma giuridica*. In *Un diritto incalcolabile*. G. Giappichelli Editore – Torino: 2016, pp. 180/181. Sobre essa ideia em IRTI, veja-se, ainda: FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro *cit.*, p. 178. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. revista e atualizada. – Malheiros Editores, São Paulo: 2010, pp. 28/29.

previsibilidade/calculabilidade, que os marcos regulatórios encontram sua justificação genuinamente racional, sua razão de ordem.

Malgrado os variados correntes usos que a expressão “regulação” assume em economia e direito (tanto em sua abordagem doutrinária quanto em sua mais restrita indicação positiva⁷⁸), a presente tese realça o fenômeno desde um ângulo abrangente e, rejeitando tendências de corte nominalista, parte da essência das coisas para destacar, em seu curso, o fundamento próximo e o fim de qualquer regulação, positivada ou não, assim também para a regulação econômico-empresarial, âmbito no qual a discussão assume especial relevância quando considerado o impacto que o fenômeno da empresa assume em níveis nacional e global, é dizer, em posição cada vez mais fortalecida para influenciar acentuadamente não somente a organização social, política e jurídica das nações e das comunidades de nações, mas também os próprios parâmetros de moralidade, em movimentos que, não raramente, não permitem entrever tão imediatamente quais sejam suas causas eficientes e instrumentais.

A presente abordagem, ao cabo, apresenta-se como uma visão da regulação que supõe a necessária conformação moral/ética (o que não implica, todavia, confusão/indistinção) de todos os âmbitos práticos do agir/fazer humano e, logo, da política, do direito e da economia, com especial destaque à regulação legislativa e à judicial, o que se faz sem descuidar dos costumes e práticas reais do “mercado”, mas em consideração não às suas “leis naturais” e não à previsibilidade/calculabilidade como seu primeiro princípio ordenador, senão à lei natural, fundamento objetivo próximo a que toda atividade regulatória deve deferência, e ao bem comum, fim da comunidade política a que se subordina a ciência e a técnica econômicas: um critério regulador da regulação que se erige não por qualquer construto, não por um mero alinhamento a outras instituições ou por meio de alguma teorizada ontologia social, mas desde alicerces onto-metafísicos, para assim dispor uma economia jurídica e moralmente conformada.

Põe-se em relevo, com efeito, a necessária observância - para os fins de toda atividade regulatória - da natureza racional do ser humano e a deferência para com o bem comum, permitindo-se que se realce o tema de fundo aqui objeto: o enfoque sobre o fundamento objetivo da segurança jurídica em toda atividade regulatória e, em particular, na atividade regulatória

⁷⁸ No sentido mais estrito dado pela Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” Veja-se, ainda: Lei nº 13.874/19, que, entre outras providências, institui a declaração de direitos de liberdade econômica e garantias de livre mercado.

econômico-empresarial, destacadamente quando desenvolvida pelos legisladores e decisores, é dizer, uma segurança jurídica normativa e decisória que não se reduz ao aspecto de previsibilidade a ser alcançada por meio de dados normativos ou empíricos ou por uma atividade meramente guiada por estabelecidos/convencionados critérios subjetivos argumentativos, e que, ademais, não deve servir a uma concepção utilitarista sobre o que seja o bem comum e o bem de todo ser humano, concepção essa que, nos dias correntes, manifesta-se predominantemente informada por um economicismo-eficientista que, servindo a grupos privados e impondo-se pelo poder das finanças, sequestra as funções de Estado, substitui o bem comum pelo privado e, secundarizando as estruturas sociais, instrumentaliza o ser humano, fenômeno que, com amparo em avançadas tecnologias, está a conduzir as nações à adoção de modelos tecnocrático-totalitários de governo.

Um movimento pelo qual a “eficiência jurídica” deixa de submeter-se à realização do justo concreto, à consecução daquilo que é objetivamente devido, essa mesma coisa justa que é, enfim, o direito, e passa a ser lida pela “clave de um utilitarismo ou de uma ‘lógica da produtividade’”⁷⁹, um economicismo-eficientista que não raramente se busca legitimar mediante a invocação de controles estatísticos e econômicos, processo no qual, tanto no âmbito da administração dos poderes públicos como no âmbito privado, com o pretexto de desburocratizar e emprestar eficiência às atividades (e não se nega aqui seja a eficiência algo a ser perseguido, não porém como fim em si ou com sacrifício de outros fins hierarquicamente superiores), emerge uma “tecno-ciber-burocracia” que, dirigida por técnicos e descrente embora das “essências”, julga da virtude e do vício não em função da natureza da atividade que qualifica, do bem real humano e do bem comum, mas em função da produção.

Hodiernamente, constituições, tratados internacionais e textos legais incorporam elevada carga ético-principiológica e inúmeras garantias. A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu que a ordem econômica deve fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e perseguir, dentre outros objetivos, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erigindo princípios norteadores de toda atividade econômica⁸⁰,

⁷⁹ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 56/57.

⁸⁰ Recorde-se a redação do art. 170, da Constituição Brasileira: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e 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; 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. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de

os quais devem ser compatibilizados com os “direitos e garantias fundamentais” na própria Constituição previstos e, para além disso, com a normatividade que se extrai da própria natureza racional humana e de seu fim na ordem de todas as coisas, sem olvidar que a própria Constituição dispôs como um de seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana”⁸¹.

Um quadro normativo e regulatório a ser, portanto, observado por empresas nacionais e transnacionais no País atuantes e que acaba por redundar na intensificação da provocação do Poder Judiciário para a solução de conflitos, fenômeno catalisado pelo modelo de controle de constitucionalidade adotado, tanto o concentrado, com ampla via de ação e pluralidade de legitimados, quanto o difuso.

A complexa realidade social, política e econômica – especialmente em tempos de *big finance, pharma, tech, data etc* e de desenvolvimento do que se tem denominado “inteligência artificial” - reflete-se em uma profusão de problemas regulatórios e de litígios judiciais e, particularmente, em disputas de natureza econômico-empresarial relativas a empresas nacionais e transnacionais (muitas delas encerrando discussões novas), quadro que acentua o papel dos legisladores, dos administradores públicos e dos magistrados na solução de muitas e variadas questões, o que traz para o centro do debate o tema do fundamento de toda atividade regulatória e, a partir do aparato jurídico-normativo regulatório (muitas vezes lacunoso ou antinômico) e de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o da atividade interpretativa dos juízes, das metodologias de tomada de decisão e da discricionariedade judicial, âmbito no qual agudiza-se a crise de segurança jurídica, temática desenvolvida no Capítulo III.

Como diferentes tradições ou correntes *iusfilosóficas* apresentam concepções diversas sobre o tema da interpretação jurídica, também importa, para os fins desta investigação - no contexto da discussão relacionada à segurança jurídica e à discricionariedade judicial - relacionar certas correntes teóricas implicadas por algumas dessas tradições a concepções de interpretação, atividade que – reconheça-se ou não a existência de um fundamento genuinamente

qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

⁸¹ O reconhecimento da “dignidade da pessoa humana” ocupa de fato lugar central em muitas das constituições vigentes. Na República Federativa do Brasil, a propósito, a “dignidade humana” foi erigida a um de seus fundamentos. “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;”

objetivo para a moral, para a política, para a economia e para o direito – acaba por revelar compromissos morais/éticos do intérprete⁸².

A presente investigação, em síntese, pretende demonstrar que a consecução de níveis satisfatórios de verdadeira segurança jurídica em geral, e por meio da regulação da atividade econômico-empresarial em particular, demanda caminhos que não se reduzem aos dados normativos ou empíricos que se possa focar para a compreensão de uma “certeza como previsibilidade” - assim entendida como um instrumento para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas -, tampouco a uma segurança de critérios (subjetivos) a ser construída argumentativamente, atraindo, enfim, a consideração da segurança e da interpretação jurídicas desde uma adequada perspectiva filosófica, é dizer, em atenção ao dado onto-metafísico e à nota distintiva do ser humano, sua racionalidade⁸³, ao seu lugar na ordem de todas as coisas e ao que de fato seja seu fim, que é também o seu bem. Segundo, pois, uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica.

⁸² Com efeito, expõe CANALE: “Cualquiera sea el tipo de discurso jurídico, desde el momento en que se asume un contenido determinado, presupone una respuesta a cuestiones que desde siempre suscitan la atención de la filosofía del derecho: ¿en qué consiste el derecho? ¿cuál es su origen y cuál su finalidad? ¿qué tipo de relación guarda el derecho con otros ámbitos normativos como la moral o la política? Cuando el abogado formula una opinión, el juez motiva una sentencia, el funcionario redacta un acto administrativo, el experto describe un instituto jurídico, o el filósofo indaga por la naturaleza de un fenómeno jurídico, todos ellos ofrecen implícitamente una respuesta a tales cuestiones, aun si no son conscientes de ello. Así, estas personas adquieren compromisos de tipo metafísico, epistemológico, metaético, o teórico-político que configuran el trasfondo de sentido de sus discursos y de su comportamiento.” (CANALE, Damiano. *En busca de lo implícito: ensayos sobre razonamiento e interpretación del derecho*; editor Diego Moreno Cruz; traducción Pedro Caballero Elbersci [y otros tres]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019, *Presentación*, p. 9).

⁸³ “A racionalidade - que dá forma à espécie humana - impõe que todo o oposto à ordem da razão é diretamente oposto à natureza do homem; e é ‘conforme a essa natureza tudo quanto siga a ordem da razão...’”. (DIP, Ricardo. *Segurança jurídica cit.*, p. 149).

CAPÍTULO I – PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.

I.1 SEGURANÇA/CERTEZA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE.

A previsibilidade/calculabilidade normativa e decisória integra a segurança jurídica e importa, de algum modo, antecipar um contingente futuro.

Afirma GUASTINI, prefaciando o estudo de ÁVILA:

“Na tradição teórica e dogmática prevalente - de origem iluminista e juspositivista - o direito é certo se, e somente se, cada um pode prever com precisão as consequências jurídicas das próprias ações, ou, da mesma forma, se pode conhecer *ex ante* os limites e os modos do exercício dos poderes coercitivos do estado”.⁸⁴

Calcular o futuro jurídico – afirma IRTI - implica antecipar leis emanadas e decisões pronunciadas.⁸⁵ Essa pretensão de uma certeza como calculabilidade/previsibilidade derivaria - e isto também aponta IRTI - de uma visão circular, típica ao Estado moderno, entre decidir, julgar e aplicar a lei, que garantiria ao indivíduo a possibilidade de antecipar o que ocorrerá, pois a norma abstrata forneceria o qualificativo a ser aplicado ao fato concreto, após a tomada de decisão e julgamento.

“Como a norma não se limita a descrever um fato geral e futuro, mas vincula um efeito jurídico (castigo ou prêmio, pena ou recompensa, estabelecimento, modificação ou extinção de situações subjetivas) à sua ocorrência, o indivíduo é capaz de calcular o que acontecerá. Ele sabe que o caso será decidido de acordo com a lei; ou, em outras palavras, que a decisão e a aplicação da lei (em seu próprio dispositivo de *fattispecie* e efeito) coincidem totalmente. A característica do juízo processual está nessa absoluta e rigorosa identidade. O Estado moderno repousa, em um exame mais atento, na circularidade lógica entre decidir, julgar e aplicar a lei. O processo é concluído, e a causa é encerrada, através do julgamento em que a lei é aplicada. Decidir é terminar, cortar os atrasos, deliberar a escolha entre as soluções possíveis. E isso se dá na forma de um juízo, ou seja, na síntese entre um sujeito e um predicado: onde sujeito é o fato concreto e particular, e predicado é a qualificação proveniente da norma. A lei, fornecendo os predicados das ações possíveis, é aplicada no julgamento. A decisão não é ‘baseada em nada’ (*auf nichts gestellt*), como diria Carl Schmitt, mas no juízo aplicativo, por meio do qual a qualificação predisposta pela lei é assinalada a um fato concreto e específico. A *fattispecie* é o necessário instrumento dessa lógica, pois

⁸⁴ GUASTINI, R. Prefácio da Edição em Inglês. In Ávila, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021, p.21.

⁸⁵ “*Calcolare il futuro giuridico è ‘contare su ciò che verrà’, ossia sulle leggi che saranno emanate e sulle sentenze che saranno pronunziate*”. (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile*. In *Un diritto incalcolabile*. G. Giappichelli Editore – Torino: 2016, p. 5)

contém a figura antecipatória daquilo que vai acontecer; e, ao recuperá-lo no tempo, torna-o previsível e calculável.” (tradução nossa)⁸⁶

A redução da interpretação jurídica e dos processos e métodos de tomada de decisão a uma concepção retrospectiva e silogístico-dedutiva (recorrendo-se, eventualmente, aos critérios metodológicos expressados na lei e que guiarão a interpretação), típica ao formalismo jurídico, garantiria a “aplicação” calculável da consequência legalmente prevista a um fato concreto a ela subsumível segundo uma moldura ou figura típica, uma *fattispecie*. Diz IRTI:

“No ‘mundo de ontem’ - o mundo das normas, do juízo substantivo, da calculabilidade funcional - também a interpretação é reduzida a *fattispecie*, e disciplinada por normas especiais (...). As quais, em fidelidade à tradição romanística, marcam critérios ou cânones de entendimento, ou seja, ‘ditam um método e tornam controláveis os resultados de sua aplicação’. A perspectiva metodológica justifica os graus de julgamento e as instâncias hierárquicas do processo, onde a superior controla e, portanto, reforma ou confirma os resultados da aplicação da inferior.” (tradução nossa)⁸⁷

Ocorre que o ideal de uma absoluta certeza na previsão das consequências jurídicas ligadas a atos ou fatos não encontra respaldo na realidade fática, dado o inevitável grau de discricionariedade inerente às atividades interpretativa e de tomada de decisão decorrente, dentre outros aspectos fáticos, da ambiguidade e vagueza da linguagem, da falta de clareza das normas e das lacunas e contradições do ordenamento, da multiplicidade e instabilidade das leis etc.⁸⁸, e, dentre outros motivos de raiz teórica, os derivados de concepções jurídicas como a da “escola do direito livre”, de diferentes factualismos judiciários (em que se enquadrariam alguns “realismos” de fundo empirista)⁸⁹, e, mais recentemente, de algumas das concepções que

⁸⁶ No original: “Poiché la norma non si limita a descrivere un fatto generale e futuro, ma collega al suo accadere un effetto giuridico (castigo o premio, pena o ricompensa, costituirsi o modificarsi o estinguersi di situazioni soggettive), l’individuo è in grado di calcolare ciò che avverrà. Egli sa che la causa sarà decisa secondo la legge; o, in altre parole, che decisione e applicazione della legge (nel suo proprio congegno di *fattispecie* ed effetto) coincidono appieno. La caratteristica del giudizio processuale è in questa assoluta e rigorosa identità. Lo Stato moderno riposa, a ben vedere, sulla circolarità logica fra decidere, giudicare, e applicare la legge. Il processo si compie, e la causa è terminata, attraverso il giudizio in cui si applica la legge. Decidere è terminare, tagliare gli indugi, deliberare la scelta fra soluzioni possibili. E questo accade nella forma di un giudizio, ossia nella sintesi fra un soggetto e un predicato: dove soggetto è il fatto concreto e particolare, e predicato è la qualifica proveniente dalla norma. La legge, fornendo i predicati delle azioni possibili, si applica nel giudizio. La decisione non è ‘basata sul nulla’ (auf nichts gestellt), come vorrebbe Carl Schmitt, ma sul giudizio applicativo, onde la qualifica predisposta dalla legge viene assegnata ad un fatto concreto e determinato. La *fattispecie* è il necessario strumento di questa logica, poiché essa contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà; e, traendolo indietro nel tempo, lo rende prevedibile e calcolabile.” (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile* cit., pp. 5/6).

⁸⁷ No original: “Nel ‘mondo di ieri’ – il mondo delle norme, del giudizio sussuntivo, della funzionante calcolabilità – anche l’interpretazione è ridotta a *fattispecie*, e disciplinata con apposite norme (...). Le quali, in fedeltà alla tradizione romanistica, segnano criteri o canoni dell’intentere, cioè ‘dettano un metodo e ne rendono controllabili i risultati applicativi’. La prospettiva metodologica dà ragione dei gradi di giudizio, e delle istanze gerarchiche del processo, dove la superiore controlla, e perciò riforma o conferma, i risultati applicativi dell’inferiore.” (*Ibidem*, pp. 12/13).

⁸⁸ Veja-se LÓPEZ DE OÑATE, Flávio. *La certeza del derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin.* – Granada: Editorial Comares S. L., 2007, pp. 35 e ss.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 47 e ss. Aínda: DIP, Ricardo, *Segurança jurídica* cit., p. 56.

ganharam força a partir dos anos 60 do século XX, com a crescente qualificação/valoração de princípios sobre as regras, com a passagem dos juízos de subsunção à imediata aplicação (sem a mediação das leis) de princípios para a realização de valores⁹⁰, com a utilização ampliada de cláusulas abertas e, enfim, com a ascensão de hermenêuticas que libertam o intérprete de qualquer vínculo, seja com a lei, seja metodológico⁹¹, todos fatores que hodiernamente⁹² alimentam a discricionariedade interpretativa (não raramente até o ponto da arbitrariedade decisória) e resultam em desconfiança quanto à possibilidade de previsibilidade e calculabilidade normativa e decisória.

As expectativas quanto à previsibilidade/calculabilidade jurídica variam, assim, desde posições que ou bem revelam evidente ceticismo⁹³ quanto à calculabilidade/previsibilidade jurídica (sustentando ser impossível antecipar cognoscitivamente decisões futuras, sempre sujeitas a problemas interpretativos posteriores e concretos, os quais são influenciados por diversos fatores, como a ambiguidade da linguagem, o descrédito das normas, a diversidade de metodologias, o indeterminado número de questões sociais, políticas, econômicas etc.), de modo que a segurança/certeza do direito como previsibilidade refletiria um desejo irrealizável, ou bem, no sentido diametralmente oposto, a idealizam como uma possibilidade de antecipar de modo absoluto o conteúdo das normas jurídicas e decisões (não raramente visando à instrumentalização dessa previsibilidade, para fins econômico-empresariais inclusive), ou bem, ainda, compreendem tratar-se de uma possibilidade que comporta gradação.

⁹⁰ “*l’irruzione di criteri di giudizio, che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono immediata risposta alle situazioni di vita. Criteri, che riposano, non più sull’oggettività di norme calcolabili, ma sull’incontrollabile soggettivismo della decisione. Le clausole generali sono trasferibili da uno ad altro clima politico, possono riempirsi di etica capitalistica degli affari o di interessi totalitari del popolo, e, insomma, si offrono ad ogni uso e ad ogni manipolazione. C’è il preannuncio di un soggettivismo vitalistico, che non guarda più alla ‘realtà’ attraverso gli occhiali della legge, giudicandola conforme o difforme, ma le si pone di fronte, e l’approva o disapprova con immediata decisione.*” (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, pp. 8/9);

⁹¹ *Ibidem*, pp. 11/13.

⁹² “Aos sintomas que, a seu tempo, Calamandrei apontara na crise da segurança jurídica - a saber, progressiva debilitação do direito subjetivo; amplificação do direito administrativo às expensas do direito civil; absorção do processo civil na jurisdição voluntária ou na ‘jurisdição’ administrativa; aumento dos poderes discricionários do juiz; obscurecimento das fronteiras entre o direito público e o privado e entre o direito substantivo e o processual; descrédito das codificações, quando não da própria norma em geral; aspiração do direito pela peculiaridade casuística -, , agregou López de Oñate ameaças teóricas (movimento do Direito livre e concepções jurídicas dos Estados totalitários) e fáticas (perda da claridade e da simplicidade das leis; hipertrofia legislativa), a que poderiam ainda agora juntar-se, *inter plures*, a instabilidade normativa, o principialismo, sobretudo o judicial, o abalo da solidez da coisa julgada, a redução arbitrária dos prazos prescricionais, a devassa da órbita privada, a derivada regulação principiológica, a exuberância dos elementos normativos do tipo, o neoconstitucionalismo, o neocontratualismo, a contratualização do conteúdo das leis, etc., fatores frequentemente imbricados e com alicerces difusos, a escancarar a síndrome de uma efração mundial da segurança jurídica (...).” (DIP, Ricardo, *Segurança jurídica cit.*, p. 22).

⁹³ Ávila reúne alguns pontos de vista céticos e seus argumentos (ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 84/85).

Contra as posições mais cétricas, GOMETZ reage, a seu modo, revelando uma posição empirista que, ver-se-á, supõe a adesão filosófica e política ao liberalismo:

“... precisamente contra la certeza entendida como previsibilidad se lanzan más frecuentemente los dardos polémicos de los escépticos o de los desilusionados. El argumento más frecuentemente utilizado para esta operación de demolición crítica es, más o menos, resumible así: la certeza-previsibilidad del derecho es un mito (¡lo ha mostrado Kelsen poniendo en evidencia el elemento creativo ínsito en cada «aplicación del derecho»! ¡Lo confirma cada día la práctica de la abogacía!); ‘por lo tanto’, no tiene sentido seguir hablando/anhelando su ‘actuación/alabarla’. Por contraposición a esta actitud escéptica y renunciante, en el presente trabajo sostendré que es posible intentar una operación de recuperación conceptual de este desacreditado —pero, a mi parecer, todavía digno— valor del liberalismo moderno. (...) Hay que precisar que son de carácter ético-político también algunas de las elecciones que guían la reconstrucción del concepto de certeza que resulta propuesta en este trabajo. La misma decisión de (re)plantear la certeza en términos de previsibilidad deriva en verdad de la convicción según la cual la valoración positiva de la (elevada) certeza reside principalmente en su función de servicio al bien de la susceptibilidad de planificación jurídicamente informada de las elecciones prácticas individuales y, mediatamente, respecto a la autonomía del individuo, entendido como sujeto capaz de elaborar planes de acción a largo plazo.”⁹⁴

A desvinculação da segurança/certeza do direito de um caráter substancial a respeito da justiça e sua redução a um conceito disposicional factual são notas que subjazem a teoria formulada por GOMETZ, para quem a certeza do direito – enquanto previsibilidade da consequência jurídica de atos e fatos – em nada se condiciona ao caráter moral da solução (segurança/certeza de justiça) e, reduzindo-se a uma perspectiva factual, manifesta uma certeza do direito meramente instrumental aos indivíduos para a consecução de seus interesses próprios, dignos ou indignos.⁹⁵ Para GOMETZ⁹⁶, com efeito:

⁹⁴ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*. cit., pp. 34/35.

⁹⁵ “Para tornar a esta última [a certeza] realmente funcional para el logro de tales objetivos de los previsores, sean cuales fueren, es por ejemplo necesario abandonar cada dogmatismo dirigido a excluir la posibilidad de aprovechar el conocimiento de las regularidades fácticas y de la praxis consolidada de los órganos jurídicos para fines predictivos. Sobre todo, la idea según la cual el valor de la certeza reside (y se agota) en su rol instrumental respecto a la planificación estratégica de las elecciones prácticas colisiona con la afirmación, más bien común, de alguna relación necesaria entre certeza y justicia «sustancial». Decir que el derecho es en alguna medida cierto significa decir que es en alguna medida posible prever una solución jurídica determinada, aun cuando ésta sea (sentida como) inmoral, inoportuna o incluso escandalosa: la certeza de un derecho inequitativo es certeza de inequidad. De la distinción entre certeza del derecho y certeza de justicia deriva por lo demás que la certeza-previsibilidad es un medio o, mejor, una situación que puede ser aprovechada por los individuos de modo instrumental en la persecución de sus objetivos personales, sean éstos dignos o indignos.” (V. GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 35). Ainda: “«Cierto», por lo tanto, puede considerarse también un derecho percibido por sus destinatarios como injusto, siempre que las consecuencias jurídicas en su virtud puedan enlazarse a las situaciones consideradas puedan en alguna medida ser previstas. La certeza de un derecho inequitativo es entonces certeza de inequidad: decir que el derecho es en alguna medida cierto significa decir que es en alguna medida posible prever la solución jurídica dada, incluso en el caso en que ésta sea (sentida como) inmoral, inoportuna, escandalosa.” (Ibidem, p. 137)

⁹⁶ Aponta MORENO CRUZ que, para GOMETZ, “...la certeza jurídica es un concepto neutro en el sentido de que se aplica a la previsión de las consecuencias jurídicas conectables a hechos o acciones independientemente sea de las consideraciones morales respecto al mérito o desmérito de tales consecuencias (como dice el autor, se

“Decir que el derecho es en alguna medida cierto significa decir que es en alguna medida posible prever una solución jurídica determinada, aun cuando ésta sea (sentida como) inmoral, inoportuna o incluso escandalosa: la certeza de un derecho inequitativo es certeza de inequidad. De la distinción entre certeza del derecho y certeza de justicia deriva por lo demás que la certeza-previsibilidad es un medio o, mejor, una situación que puede ser aprovechada por los individuos de modo instrumental en la persecución de sus objetivos personales, sean éstos dignos o indignos. El caballero puede valerse de ella exactamente como el maleante: este último aprovechará las posibilidades de previsión de las reacciones jurídicas para planificar las propias fechorías con el fin de minimizar el riesgo de sufrir consecuencias desagradables.”⁹⁷

Ainda:

“...una definición como aquella poco antes propuesta dismantela la asunción consolidada, sostenida con particular vigor por Aarnio, López de Oñate y Massimo Corsale, de alguna familiaridad entre certeza del derecho y exigencias de justicia sustancial. Si se define la certeza en términos de previsibilidad, como los tres autores hacen, es necesario reconocer que puede ser cierto también el derecho injusto, siempre que los individuos puedan prever con algún éxito y precisión las (eventualmente inequitativas, desde su punto de vista) consecuencias jurídicas de actos o hechos (...) Cuando el derecho es inequitativo, la certeza del derecho es por tanto certeza de inequidad. Si se quiere atribuir un contenido axiológico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Sólo en este sentido, la certeza puede ser considerada un valor.”⁹⁸

Esse descolamento entre previsibilidade e justiça substancial também é sustentado por IRTI, para quem, um “direito calculável” (fundado sobre a *fattispecie* normativa, juízo de subsunção e metodologia hermenêutica) não pode oferecer senão a positividade das escolhas, a coerência entre norma e decisão, a confiança no que virá, mas não “justiça”. Nessa perspectiva, aduz IRTI que a calculabilidade não exclui o niilismo jurídico (a ausência de vínculos religiosos e metafísicos, um provir as normas do nada para ao nada tornar), mas o encerra em vínculos procedimentais e em coerências argumentativas, é dizer, em uma forma, uma segurança procedimental, um niilismo do qual não se subtrairiam nem as leis ordinárias, nem as normas constitucionais. Se o que restou da rejeição moderna à metafísica, afirma IRTI, é um direito reduzido à humana vontade, um direito que remanesce um campo de batalha de paixões humanas, a ensejar voluntarismos que se exprimem tanto por normas providas de *fattispecie* destinadas ao juízo subsuntivo quanto pelo intuicionismo de valores que se quer realizar ou por

puede hablar, incluso de «certeza sobre la iniquidad» o de «certeza sobre el derecho injusto»), sea de los propósitos respecto a los cuales el éxito de las previsiones resulta ser funcional, es decir, independientemente de que estos propósitos sean generalmente premiados o, por el contrario, reprimidos por la sociedad”. (MORENO CRUZ, Diego. *Estudio introductorio. Consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes*. In GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad cit.*, pp. 14/15).

⁹⁷ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. cit.*, p. 35.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 261.

pré-compreensões hermenêuticas, a escolha a ser feita é, então, entre um querer criativo de calculável objetividade e um querer imerso no imediato subjetivismo.⁹⁹

Outras abordagens¹⁰⁰, embora desvinculadas do direito natural clássico e de uma base onto-metafísica, recusam a compreensão da segurança e da previsibilidade desde um ângulo meramente formal e sustentam, de algum modo, a importância do aspecto substantivo da segurança jurídica, relacionando a certeza-previsibilidade a algum tipo de exigência de cunho substancial, destacando-se, por exemplo, a vinculação da previsibilidade a um conteúdo normativo relacionado a expectativas que mereçam proteção jurídica¹⁰¹, exigências que se apresentam, por sua vez, relacionadas de algum modo à consecução de uma previsibilidade fática.

Para a tradição filosófica do direito natural clássico, revela-se também evidente a vinculação, para os fins de consecução de segurança/certeza jurídica, entre previsibilidade e exigências de caráter substancial¹⁰², de modo a poder-se desde logo destacar, conforme já temos feito e pretendemos mais à frente desdobrar, o caráter da previdência como virtude anexa à da prudência e de que a previdência do prudente implica um prever para bem ordenar as ações, as legislativas e judiciais inclusive.

À luz da tradição do *iusnaturalismo* clássico, pode-se, desde logo, perceber que uma escorregada compreensão do que é o direito, especialmente por seu analogado principal (cuja determinação supõe um método, ver-se-á no último capítulo deste estudo), do que é interpretação jurídica, das relações entre *ser* e *dever*, do que é verdadeira ciência, do que é a racionalidade (que não é a meramente instrumental ou calculadora), do que são as virtudes e

⁹⁹ IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, pp. 12/13. Acresce o autor: “*Il problema è sempre di calare i fatti concreti in una misura, o – che è il medesimo – di misurarli in base a un criterio, che, nel rigore dello Stato di diritto, è la fattispecie normativa, una descrizione volta a prevedere e includere gli eventi futuri; e, negli odierni costumi o mode giudiziali, è il ‘valore’, una volontà assoluta, non bisognevole di mediazioni legislative e sillogistiche. Il valore non tanto misura, quanto commisura a sé la vicenda concreta, di fronte a cui prende posizione*”. (*Ibidem*, p. 15)

¹⁰⁰ GOMETZ destaca a obra de Massimo CORSALE: “*La certezza del diritto*” (1970), republicada em 1979 com o título “*Certeza del diritto e crisi di legittimità*”. Veja-se a explanação em GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad cit.*, pp. 11 e ss..

¹⁰¹ LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, pp. 103/104. Cito: “...*la seguridad jurídica no puede seguir siendo concebida como un valor dependiente únicamente de rasgos formales del derecho, al margen de su contenido. Dicho de otro modo, para determinar las distintas exigencias que implica el principio de seguridad necesitamos establecer cuáles son las expectativas que merecen ser jurídicamente protegidas; en este sentido se ha propuesto redefinir la seguridad jurídica en términos de protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores del propio derecho). Creo que esta caracterización de la seguridad jurídica algo sustantivizada y que opera a partir de una doble ponderación —interna y externa— coincide con la interpretación que el Tribunal Constitucional español ofreció en 1981, y que sigue considerándose la doctrina de referencia en la materia...*”.

¹⁰² Por todos: DIP, Ricardo, *Segurança jurídica e crise pós-moderna cit.*

qual o papel que desempenham para um melhor trânsito da potência ao ato etc., são questões centrais para a discussão em lume. A elas e a suas consequências nos reportaremos no curso desta investigação, na medida em que o desenvolvimento da temática exigir.

Com o termo “previsibilidade” – diz LIFANTE VIDAL¹⁰³ – faz-se referência à qualidade daquilo cujo acontecimento pode ser conhecido ou conjecturado antecipadamente e, no contexto de uma dada regulação jurídica, a previsibilidade do “direito” poderia ser entendida em diversos níveis: o que se pode prever, quem pode prever e até quando se pode prever, que corresponderiam, respectivamente, a exigências de precisão, acessibilidade e estabilidade.

Conforme GOMETZ¹⁰⁴, a “certeza jurídica como previsibilidade” compreende tão só uma referência a uma mais ou menos difundida, fiável, precisa, de largo alcance, disposição para a previsão. Como na base daquilo que se pode apontar como nível de certeza jurídica de um ordenamento, de parte dele ou de uma sua norma¹⁰⁵ está o grau de segurança e orientação jurídicas de que gozam seus destinatários, a certeza como previsibilidade assumiria importante papel, na medida em que operaria instrumentalmente para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas individuais.

Embora a previsibilidade possa também ser referida em clave normativa/prescritiva como valor (segurança/certeza jurídica como um bem) ou princípio (que deverá informar a atividade legislativa e decisória para a sua consecução), é a uma previsibilidade factual que faz referência GOMETZ, é dizer, a uma situação de fato que subsiste no âmbito de uma determinada comunidade jurídica caracterizada pela possibilidade, por parte de alguns ou de todos, de prever as consequências jurídicas de fatos ou comportamentos, anotando-se não se tratar de uma certeza factual entendida como previsibilidade absoluta (que levaria a posições céticas), mas apenas relativa, comportando graduação.¹⁰⁶

ÁVILA destaca, nessa linha, que - vista pelo ângulo da “certeza como previsibilidade” – a segurança é referível:

¹⁰³ LIFANTE VIDAL, Isabel. *La relevancia de la previsibilidad jurídica. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro*. In *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial* (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 145-151.

¹⁰⁴ Sobre a definição completa do autor, veja-se a obra citada, pp. 257/258: “*Posibilidad difundida entre los individuos comprendidos en una clase dada de prever con precisión, fidedigna y a largo plazo, con cualquier medio a disposición, la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser, en virtud del derecho o del sector del derecho considerado, espontánea o coactivamente enlazadas a actos o hechos, reales o imaginarios, pasados o futuros, así como el ámbito temporal en que tales consecuencias jurídicas se producirán.*”

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 182.

¹⁰⁶ LIFANTE VIDAL, Isabel. *La relevancia de la previsibilidad jurídica cit.*, pp. 57/59.

“...a um estado de fato, isto é, a uma determinada realidade concreta passível de constatação. Nesse sentido, a segurança jurídica não diz respeito a um comportamento que deva ser adotado ou a um estado ideal de coisas que deva ser atingido. Ela se vincula, em vez disso, a uma realidade fática que se entende existente. Sendo assim, o emprego da expressão ‘segurança jurídica’ denota, nesse aspecto, um juízo de fato a respeito daquilo que se julga existir no plano da realidade. A expressão ‘não há segurança jurídica no Brasil, porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte de suas decisões’ representa essa significação. A segurança jurídica, nessa compreensão, significa, pois, a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. (...) a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer. É, enfim, a capacidade de antecipar uma situação de fato ou prever efetivamente uma situação. Trata-se, como se vê, de uma concepção *iusrealista* de segurança jurídica, que pressupõe um *conceito descritivo*.”¹⁰⁷

Diferentes concepções sobre a “previsibilidade” jurídica disputam, entretanto, sobre pontos diversos, *ad. ex.*, sobre qual o objeto da previsão (o que se prevê), sobre os meios para realizá-la (como se prevê) ou, ainda, sobre se seria possível mensurar o grau de “certeza como previsibilidade”.

Para além das posições radicalmente céticas quanto à previsibilidade/calculabilidade jurídica, disputando sobre qual o objeto da previsão (o que se prevê), em especial quando o que se prevê são futuras decisões (não só as judiciais), sustenta-se - a depender do enfoque mais ou menos formalista por meio do qual se compreenda a atividade de interpretação jurídica - ser possível ou bem antecipar as consequências normativas com certeza absoluta (é dizer, seu conteúdo “exato”), ou bem apenas as “alternativas” consequências normativas futuras (uma gama de resultados juridicamente possíveis), caso este em que se reconhece sempre um grau de imprevisibilidade, incerteza e indeterminação, dado o caráter discricional que remanesce em toda a atividade decisória, de sorte que a segurança/certeza jurídica não se reduziria à dualidade segurança/insegurança (certeza/incerteza), mas comportaria graus.

ÁVILA examina, a seu modo¹⁰⁸, essa dualidade de compreensão (segurança/certeza absoluta *vs.* segurança/certeza relativa), supondo duas diferentes compreensões do que seja o direito (nenhuma delas correspondente a que ele próprio encampa [e que ele próprio aponta ser “semântico-argumentativa”, ver-se-á no Capítulo I.3 desta tese] ou àquela referida na introdução desta investigação [que toma em consideração o direito como analogado principal, é dizer, como a própria coisa justa devida]), e duas distintas visões sobre o que seja a

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, p 126.

¹⁰⁸ Deve apontar-se que, embora seja claro que a segurança-previsibilidade comporte graus, o conceito de direito subentendido na análise em questão parte de uma dualidade de concepções que também se revela - e isto se percebe quando o enfoque se dá desde o realismo da tradição aristotélico-tomista (o que se esmiuçarà à frente) - redutiva da realidade ao não considerar o que é, para o *iusnaturalismo* clássico ou tradicional, o direito, a “coisa justa devida”, o qual não se identifica nem com a norma (que é apenas medida/razão do justo), nem com uma atividade.

interpretação (também não correspondentes à compreensão que dela se tem desde a tradição filosófica).

O autor aponta - como um primeiro modo de compreender o direito e a segurança – para uma visão que se alinharia ao formalismo jurídico, segundo a qual o direito envolveria, sobretudo, “um problema semântico”, e a segurança jurídica referir-se-ia a uma concepção de “segurança de um objeto (um resultado revelado por uma norma)”, uma concepção pela qual “o Direito é reconhecido como um objeto a ser inteiramente revelado [passivamente] pelo intérprete”, cuja atividade “consiste em descobrir o sentido predeterminado pela norma, por meio de uma atividade estática e determinista”.¹⁰⁹ Destaca o autor que:

“... a segurança jurídica é muitas vezes representativa de um estado ideal de certeza (absoluta) como possibilidade de o cidadão conseguir prever, com exatidão, o conteúdo das normas a que está e a que estará sujeito e as consequências exatas que serão atribuídas aos seus atos. Nessa acepção, segurança equivale à certeza conteudística da norma e à previsibilidade exata das consequências a serem atribuídas aos atos praticados (...). A esse conceito classificatório de segurança jurídica corresponde uma *concepção objetivista de interpretação*, focada no *resultado*, no sentido de que cabe ao intérprete, por meio de uma atividade estática e determinista, centrada em aspectos exclusivamente semânticos, apenas revelar um conteúdo normativo preexistente ao próprio processo de interpretação. O conteúdo normativo, aferível antecipada e totalmente, corresponde a um ponto, com o qual a realidade se conforma, ou não. O Direito, nessa perspectiva, é visto como um *objeto dado*, independente do sujeito e do seu processo de interpretação e de aplicação. A cada regra corresponde uma alternativa interpretativa ou um sentido normativo (R = A). Desse modo, o problema da segurança jurídica é substancialmente um *problema semântico* circunscrito à predeterminação de sentido. Trata-se (...) de uma concepção objetivista da interpretação baseada em regras materiais (*rule-dependent certainty of law*). Como decorrência disso, a própria concepção de segurança jurídica é dual, visto que se baseia nos extremos segurança/insegurança (certeza/incerteza). Mais: essa concepção equipara duas realidades que são distintas: a norma e a norma de decisão”.¹¹⁰

A essa visão ÁVILA contrapõe a posição de uma segurança/certeza que se amolda à “segurança de uma atividade relativa a um objeto (um meio mediante o qual se reconstrói um sentido normativo”) e que suporia compreender o Direito “como uma estrutura argumentativa por meio da qual são reconstruídas as alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos”, uma concepção de direito e de segurança jurídica que abrangeria, precipuamente, um problema de “segurança da argumentação”.¹¹¹ Destarte, a essa concepção de direito corresponde uma segurança jurídica como

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, p.170.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 186.

¹¹¹ *Ibidem*. Pela “concepção objetivista do direito”, diz ÁVILA, “...o Direito é reconhecido como um objeto a ser inteiramente revelado pelo intérprete. A norma jurídica contém um sentido, de modo que a atividade do intérprete consiste em descobrir o sentido predeterminado pela norma, por meio de uma atividade estática e determinista. O Direito, nessa perspectiva, envolve sobretudo um problema semântico; e a interpretação, uma atividade objetivista.

“...representativa de um estado ideal de certeza (relativa) como a possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação, o conteúdo das normas materiais e procedimentais a que está e a que estará sujeito, ou a estrutura argumentativa por meio da qual o conteúdo dessas normas é determinado. Nessa acepção, a segurança está associada à determinabilidade contéudística da norma, por meio de processos argumentativos prévios de determinação, ou à predeterminação da estrutura argumentativa por meio da qual as normas serão interpretadas e aplicadas, por meio da indicação clara de critérios e de estruturas argumentativas (...). No que se refere ao conteúdo normativo, o conceito de segurança apresenta caráter não classificatório, com inevitável margem de indeterminação. No tocante ao processo de argumentação jurídica, o conceito de segurança jurídica é argumentativo, baseado em critérios intersubjetivamente controláveis. Segurança jurídica, nessa acepção, é, acima de tudo, controle racional de arbitrariedade argumentativa. A esse conceito não classificatório de segurança jurídica, por sua vez, corresponde uma *concepção argumentativa de interpretação*, baseada no *processo* por meio do qual se chega a um resultado, no sentido de que cabe ao intérprete, graças a uma atividade dinâmica e intermediária, centrada não apenas em aspectos semânticos, mas também em estruturas argumentativas, reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos. O conteúdo normativo, aferível antecipadamente apenas com relação às alternativas interpretativas possíveis, corresponde a um espectro, com o qual a realidade se conforma, em maior ou menor medida. O Direito, nessa acepção, é reconhecido como uma *atividade*, dependente do processo de interpretação e de aplicação. A cada regra correspondem algumas alternativas interpretativas ou sentidos normativos (R = A, B ou C), a serem determinados por meio de estruturas argumentativas fornecidas por metanormas de interpretação, como os postulados da proporcionalidade, da coerência e da razoabilidade. Desse modo, o problema da segurança jurídica é substancialmente um *problema argumentativo* circunscrito à predeterminação de sentidos mínimos possíveis por meio de estruturas argumentativas definidas. Trata-se, aqui, de uma concepção procedimental da interpretação baseada em procedimentos racionais (*procedure-dependent certainty of law*). Como consequência disso, a concepção de segurança jurídica, no lugar de dual, é *gradual*, no sentido de abranger um espectro entre os extremos de insegurança total e segurança total, por isso mesmo cabendo falar em ‘nenhuma’, ‘pouca’ ou ‘muita’ segurança do ponto de vista fático.”¹¹²

GOMETZ também faz uma contraposição similar à realizada por ÁVILA. A respeito do futuro contingente sobre o qual se debruçam, em largos traços, pode-se apontar - aduz o autor¹¹³ - que para as concepções formalistas, se os agentes racionais consideram os mesmos fatos e o mesmo material normativo, tanto “decisores” quanto “previsores” devem chegar necessariamente a um resultado comum que corresponderia ao conteúdo ou sentido da

E a segurança jurídica, a seu turno, abrange, por conseguinte, um problema de ‘segurança do objeto’: o Direito é algo pronto posto diante do intérprete, cuja atividade se resume a passivamente revelá-lo.” Pela “concepção argumentativa do direito”, “...o Direito é entendido como uma estrutura argumentativa por meio da qual são reconstruídas as alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos. A norma jurídica, em geral, não contém um único sentido, mas alternativas semânticas e núcleos de significação, de maneira que a atividade do intérprete consiste em reconstruir as alternativas decisórias por meio de uma atividade dinâmica e argumentativa. O Direito, nessa perspectiva, envolve, sobretudo, um problema argumentativo; e a interpretação, uma atividade intermediária. E a segurança jurídica, por fim, abrange um problema de segurança da argumentação’. A segurança jurídica, em vez de ser segurança do objeto, é segurança racional e argumentativa. Essas considerações - às quais novamente se voltará - são suficientes para demonstrar que a expressão ‘segurança jurídica’ pode referir-se a dois objetos diferentes: de um lado, segurança de um objeto (um resultado revelado por uma norma); de outro, segurança de uma atividade relativa a um objeto (um meio mediante o qual se reconstrói um sentido normativo)”.

¹¹² *Ibidem*, pp. 187/188.

¹¹³ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. cit.*, pp. 221/223.

norma. A certeza jurídica como previsibilidade derivaria, então, desde um prisma formalista, da difusão do conhecimento da lei em geral e dos códigos em particular: a simples publicidade da lei garantiria – nessa perspectiva e conforme enfatiza o autor - a possibilidade universal de antecipar exatamente o conteúdo das decisões jurídicas individuais, de sorte que interpretação, decisão e previsão seriam atividades mecânicas desenvolvidas sobre a base do mesmo material de partida, qual seja, uma legislação simples, exígua e conhecida por todos. Trata-se de uma perspectiva que supõe uma visão formalista não só do modo de se obter a previsão, mas também do próprio conceito de direito e do ato de interpretação. Desde essa perspectiva formalista, decisão, interpretação e previsão não seriam atos de vontade, mas de conhecimento¹¹⁴. Especificadamente, o conhecimento difundido da lei consistiria uma condição necessária e suficiente da “certeza-previsibilidade” e, em si mesmo, diretamente um instrumento de planificação juridicamente informada da própria conduta.

Aponta GOMETZ¹¹⁵ que embora a técnica de formulação das disposições jurídicas jogue um papel importante na redução da pluralidade dos significados delas extraíveis, expressivas correntes doutrinárias tanto denunciam o mito de que o mero conhecimento da lei é condição necessária e suficiente à previsibilidade quanto apontam não ser realista esperar seja unívoco o resultado possível da atividade interpretativa.¹¹⁶ Disso decorre que uma visão realista da segurança/certeza como previsibilidade deverá considerar não apenas uma consequência unívoca a ser prevista, mas as alternativas consequências jurídicas que se podem ligar a atos ou fatos, é dizer, o caráter alternativo da previsão de um *ser* contingente e futuro.¹¹⁷

Quanto ao modo de realizar a previsão, diferentes concepções também implicariam de modo diverso o “como se prevê”.

Há, destaca GOMETZ, um tipo de concepção mais formalista tendente a incluir na noção de “certeza jurídica” apenas a previsibilidade conseguida mediante informações jurídicas em sentido estrito, excluindo-se qualquer emprego de conhecimentos fáticos, mesmo quando essa exclusão prejudique ou diminua a capacidade preditiva dos indivíduos. Em suma: as formas de previsibilidade jurídica que integrem conhecimentos fáticos excederiam conceitualmente a “certeza do direito” propriamente dita.

¹¹⁴*Ibidem*, pp. 221/222. Voltaremos à questão no Capítulo III desta tese.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 224/225.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 222/223. Ainda, pp. 75 e ss., ocasião em que GOMETZ trata da questão da certeza e da previsibilidade em KELSEN. O tema será de algum modo revisitado no Capítulo III desta tese.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 188/197.

Uma visão quanto à certeza-previsibilidade que – na crítica de GOMETZ – conteria preconceitos teóricos, uma vez que limitar a que seja realizada a prognose apenas por meio do conhecimento das disposições normativas não encontraria justificativa no presumido caráter instrumental da “previsão” – cuja finalidade é capacitar à planificação da própria conduta -, mas na ideia de certeza como um “atributo” do direito, já que, para a posição formalista, apenas o conhecimento do que emana de suas fontes - e nada mais - seria considerado como base para as previsões. A certeza do direito, se reduzida a uma perspectiva formalista, acabaria sendo sinônimo de clareza ou rigor das disposições nas quais as normas são consagradas, é dizer, de falta de antinomias, de irretroatividade, de estabilidade normativa, de ausência de lacunas etc.

GOMETZ e outros autores, pensando a segurança jurídica como “fato”, relacionam o enfoque de uma “certeza como previsibilidade” à possibilidade de previsão das consequências jurídicas de determinados fatos ou comportamentos desde uma base realista-empirista, tomando em consideração – para um juízo de prognose - todo e qualquer fato que possa nele influir.

Encampano essa visão, GOMETZ discorda de uma concepção meramente formalista da “certeza-previsibilidade”, uma vez que a própria expressão se refere, diretamente, a uma situação na qual é possível prever um *ser* jurídico, é dizer, a efetiva solução que se dará ao caso concreto, o que não se poderia alcançar sem que se leve em conta todos os fatos que possam influir no juízo de prognose. Na específica seara da “certeza como previsibilidade”, uma perspectiva realista – segundo o autor - deverá então realçar não somente o conhecimento difundido das disposições jurídicas, mas o conhecimento difundido dos fatos que possam influir no juízo de prognose, é dizer, de tudo aquilo que venha a influenciar a previsão voltada a uma conveniente planificação juridicamente consciente das eleições práticas de cada indivíduo na direção, eleição e uso dos meios para a consecução dos fins a que almeja.

Recorda GOMETZ¹¹⁸ que - se é um mito considerar o mero conhecimento da lei como condição suficiente à previsibilidade de um *ser* jurídico futuro e que se não é unívoco o resultado possível da atividade interpretativa -, importa, para o desiderato de incremento do nível de certeza-previsibilidade, o conhecimento de tudo aquilo que possa otimizar a capacidade

¹¹⁸ GOMETZ, Gianmarco, pp. 224/225.

de programação das eleições práticas de conduta segundo as alternativas consequências jurídicas - de atos (próprios ou de outrem) e de fatos – objeto da previsão.

Segundo GOMETZ, a certeza do direito como previsibilidade jurídica supõe, assim, também quando ao “modo como se prevê”, um enfoque fático, não formalista, pois faz referência não, diretamente, a uma característica das normas jurídicas, mas a uma disposição, própria de indivíduos determinados, à previsão de determinados eventos por meio do emprego de determinados métodos e informações, de modo que clareza, estabilidade, ausência de lacunas ou antinomias, irretroatividade etc. seriam todos conceitos externos e distintos da certeza como previsibilidade.

Outra razão que embasa a perspectiva fática da redefinição de “certeza do direito” proposta pelo autor reside na convicção segundo a qual ela nasce e apresenta interesse apenas como conceito relacionado com a possibilidade dos indivíduos de planificar as próprias eleições práticas tendo em conta as consequências jurídicas concretas. Desse modo, a certeza do direito seria medida simplesmente com base na difusão e alcance da capacidade preditiva, de sorte que tudo o que melhore as faculdades de programação das eleições práticas individuais e ajude a prever um *ser* jurídico futuro deve ser considerado na previsão.¹¹⁹

Em sua abordagem da certeza como previsibilidade, GOMETZ distingue:

- “previsores”: em geral a classe dos destinatários do direito cuja certeza se questiona; eventualmente uma outra classe de indivíduos que deve ser explicada e explicitada.

- “o que se prevê”¹²⁰: o que se deve prever, entendido, porém, não em caráter exato do que deve ser previsto, mas em caráter alternativo, isto é, as possíveis alternativas decorrentes da eleição discricional pressuposta ao ato decisório de aplicação do direito, o que implica prognose sobre possíveis classificações e consequências jurídicas conectáveis (coercitivamente pela autoridade ou espontaneamente pelos membros da sociedade) a um considerado ou hipotetizado ato (próprio ou de outrem) ou fato, inclusive quando do processo de reconstrução do ato ou fato pela autoridade que decidirá, importando mais - para essa

¹¹⁹ V. GOMETZ, Gianmarco, *op. cit.*, pp. 224/225.

¹²⁰ Resume GOMETZ, *op. cit.*, p. 219: “*la gama de las consecuencias jurídicas efectivas que, en virtud de esto, pueden ser conectadas, espontáneamente por los otros miembros de la sociedad o coactivamente por los órganos jurídicos, a los actos o hechos que los previsores consideran o sobre los cuales hacen hipótesis, además del ámbito temporal en el que tales consecuencias, eventualmente, se producirán. Tal previsibilidad, como se ha dicho, lleva consigo también la posibilidad de conocer qué consecuencias jurídicas los asociados y los órganos de la coacción no atribuirán a los actos y a los hechos considerados*”.

atividade que busca a certeza como prognose - o que efetivamente virá a *ser* decidido do que o que se possa pensar *deva ser* decidido, no que pode também influir o conhecimento sobre a regularidade decisória “de fato”, o conhecimento *ex ante* do âmbito da discricionariedade da autoridade (positiva/reacional ou negativa/não-reacional) ou da impossibilidade de qualquer previsão (certeza da incerteza), o conhecimento do tempo (mais longo ou mais curto) no qual serão produzidas as decisões/reações das quais resultarão as consequências jurídicas previstas, o nível de precisão (ou limitação em número e variedade) das alternativas previstas, o nível de estabilidade e durabilidade das regras que - em geral¹²¹-, quanto maior for, melhor permitirá projetar ao futuro a capacidade de prognose (dimensão diacrônica).

- “como se prevê”: por meio de uma disposição difundida, própria de indivíduos determinados, à previsão do direito “efetivo” por meio do emprego de quaisquer métodos e informações, sejam disposições normativas, leis, doutrina, decisões ou qualquer outro meio fático. Em resumo, por qualquer meio à disposição.

- “o quanto da certeza”: apresenta duas dimensões, vertical e horizontal. A vertical indica a capacidade preditiva dos indivíduos obtida por meio da atendibilidade das previsões, da precisão das previsões e da extensão no tempo das previsões exitosas. A horizontal é a que dá conta da difusão da certeza na classe de previsores considerada.¹²²

Uma previsão jurídica - segundo essa concepção que inequivocamente tem uma base empirista, supõe o significado não unívoco dos textos legais, as lacunas e antinomias dos “sistemas” jurídicos e o caráter de discricionariedade das decisões - teria êxito quando as consequências jurídicas, espontânea ou coativamente conectadas aos fatos ou atos considerados, entram na gama das consequências jurídicas esperadas à luz das informações disponíveis, no tempo em que são previstas. Da frequência dos êxitos detectados se evidenciaria a fiabilidade das previsões provenientes dos indivíduos considerados, sendo ainda possível obter expectativas acerca do êxito e da fiabilidade de previsões futuras.¹²³

¹²¹ Algumas vezes, as inovações das regras podem incrementar o nível de certeza, o que se dá, por exemplo, quando reduzem a possibilidade de discricionariedade interpretativa.

¹²² V. GOMETZ, G., *op. cit.*, pp. 238/244.

¹²³ *Ibidem*, pp. 239. No sentido contrário, é dizer, de não ser possível uma métrica para a previsibilidade, entre outros motivos porque para mensurar o grau de previsibilidade dever-se-ia tomar em conta não as condutas que de fato foram previstas, mas que podiam ter sido pelas condições dadas, está o parecer de LIFANTE VIDAL, para quem um direito (no sentido de uma regulação jurídica) será tanto mais previsível quanto mais coisas – ou com maior precisão – permita prever. (V. LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, p. 94).

O direito, nessa perspectiva da certeza como previsibilidade redefinida por GOMETZ, é maximamente certo quando todos os indivíduos da classe de indivíduos considerada mostram uma disposição à fiável, precisa e duradoura previsão das consequências jurídicas dos atos ou fatos que eles consideram. É, por outro lado, absolutamente incerto quando nenhum entre eles manifesta tal disposição. Portanto, a identificação do grau de certeza como previsibilidade também deve passar pelo quão difundida esteja - entre os previsores da classe considerada - a disposição para obter previsões exitosas, precisas e temporalmente estendidas, é dizer, pelo poder preditivo globalmente detectável no interior da classe de referência.

Para a identificação do grau de certeza, utilizar-se-ia o método de agrupar, em uma amostra representativa da classe de previsores considerada, previsões globais para que possam ser confrontadas com as consequências jurídicas efetivamente produzidas (tanto as espontaneamente reconhecidas pelos membros de uma sociedade como as que são estabelecidas por órgãos dotados de potestade decisória).¹²⁴ Previsões demasiadamente genéricas podem ser mais exitosas quanto à ocorrência efetiva do que alternativamente se previu, porém deficitárias quanto a de fato possibilitar um nível relevante de planificação das eleições práticas.

O nível de precisão das previsões (em número e variedade de alternativas previstas), diz GOMETZ, pode depender em primeiro lugar das características contingentes do ordenamento ou da normativa específica cuja certeza é questionada. Além disso, quanto menor for a discricionariedade deixada aos órgãos durante o procedimento que culmina na decisão que se tenta prever, menor seria o número de possíveis decisões finais a serem previstas.¹²⁵ Quando a gama de consequências jurídicas previstas é tão ampla e variada que empresta pouco ou nenhum suporte válido para o objetivo da referida planificação, é legítimo afirmar-se ser reduzido ou nenhum o valor da certeza de uma previsão global. Se isso se aplica a todo um ordenamento, será reduzido o grau de previsibilidade quanto às consequências jurídicas (de atos ou fatos) de que desfrutarão seus destinatários. Por outro lado, um sistema extremamente rígido e articulado – seja por força de disposições muitíssimo detalhadas e/ou de um vasto rol de precedentes vinculantes efetivamente observados – permitiria, ainda que com sacrifício de outros fins a que o direito deve buscar, elevado grau de certeza como previsibilidade.¹²⁶

¹²⁴ V. GOMETZ, G., *op. cit.*, p. 238.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 209/210.

¹²⁶ Supondo uma noção que toma um ordenamento, uma regulação ou uma norma por “direito” e que condiciona a certeza do direito a critérios intersubjetivamente convencionados, não uma certeza ontológica em si mesma captável objetiva e cognoscitivamente, diz MORENO CRUZ sobre GOMETZ: “*No obstante hay un punto en el que nos podemos dar por satisfechos si tal definición es plausible, es decir, si a pesar de su indeterminación*

GUASTINI¹²⁷ enumera – para além daqueles que diretamente dão causa a um maior grau de discricionariedade interpretativa (“equivocidade dos textos normativos, vagueza ou ‘textura aberta’ das normas, cláusulas gerais, lacunas, antinomias etc.) - o que entende por obstáculos “macroscópicos” à certeza jurídica (em especial, parece-nos, entendida como previsibilidade), dentre os quais se pode citar: pluralidade, proliferação, desordem, dispersão e instabilidade de fontes legais heterogêneas, má técnica de redação dos textos normativos, uma prática jurisprudencial não uniforme e não argumentada, reviravoltas nos entendimentos (em especial nas Cortes Superiores), interpretações ditas evolutivas ou dinâmicas, aplicações analógicas etc.

Na visão de GOMETZ, esses obstáculos macroscópicos relacionam-se, ao menos em parte, ao que seriam as circunstâncias, condições ou meios – todos externos ao conceito factual de certeza como previsibilidade ofertado pelo autor - para realização de um dado (ou um mais elevado) grau de certeza-previsibilidade.¹²⁸

Com efeito, GOMETZ¹²⁹ - na perspectiva que adota da certeza-previsibilidade -, resume os fatores, circunstâncias ou pressupostos (externos, como se vê, à própria definição de certeza como previsibilidade por ele ofertada, que, em si mesma, compreende tão só uma referência a uma mais ou menos difundida, fiável, precisa, de largo alcance, disposição para a previsão) que permitiriam incrementar a certeza de um ordenamento jurídico, podendo-se apontar, em caráter meramente exemplificativo: a clareza, precisão e inteligibilidade da regulamentação jurídica, tanto por facilitar o conhecimento do direito por parte dos previsores quanto por diminuir a discricionariedade que resultaria em maior número de alternativas esperadas; a coerência do ordenamento, que resulta em diminuição das antinomias; a efetividade/observância do direito, seja do ordenamento em seu conjunto, seja das normas individuais; a subsistência de regularidade decisória de fato (*stare decisis* ou corpo jurisprudencial consolidado); a difusão dos conhecimentos relevantes para a previsão, tanto das

podemos considerar que hay criterios intersubjetivos que la comunidad científica conviene en considerar válidos para justificar la creencia verdadera de que «el derecho X es (más o menos) cierto». Se trata, en palabras del autor, de «una intersubjetividad condicionada por una convención». La irreducible indeterminación «no impide alguna comprobación de la certeza, al menos si por ‘comprobación’ se entiende un control empírico dirigido a averiguar si, o en qué medida, una situación dada manifieste las características en presencia de las cuales se ha convenido por definición hablar de “certeza del derecho”». (MORENO CRUZ, Diego. *Estudio introductorio. Consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes*. In GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Marcial Pons, Madrid, 2012*, p. 14).

¹²⁷ GUASTINI, R. Prefácio da Edição em Inglês. In Ávila, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 24/26.

¹²⁸ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad cit.*, pp. 51/52.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 246/256.

normas como da prática decisória, além de outros aspectos fáticos concernentes à aplicação do direito; a estabilidade da regulamentação jurídica; a congruência entre normativas subsequentes no tempo (uma *ratio* comum que perpassa a substituição e modificação das normas); a irretroatividade da regulamentação jurídica; a estabilidade do julgado e incontestabilidade das relações jurídicas esgotadas (o êxito permanente da previsibilidade depende do respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e aos direitos adquiridos); estândares de justiça ou de correção consagrados - em leis/normas gerais ou em sentenças/normas individuais -, o grau de homogeneidade ideológica entre criadores, usuários e aplicadores do direito; a difusão, entre decisores (órgãos judiciários, administrativos, legislativos) e previsores, de um ideal que induza aqueles a decidir de um modo que salvguarde a expectativa de certeza destes, é dizer, um ideal de produção e aplicação das normas que permita a seus destinatários conhecer antecipadamente, de modo geral ou particular, a valoração jurídica dos comportamentos futuros, o que induziria previsores (entre eles, a classe dos cidadãos comuns) à observância espontânea das prescrições jurídicas, revertendo em maior fiabilidade das previsões.

I.2 – “JUSTIÇA PREDITIVA” E “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”.

NALINI expõe que “[n]o Brasil de mais de cem tribunais, cinco Judiciários e quatro instâncias, clama-se pela previsibilidade das decisões, como se ela pudesse resolver todos - ou ao menos a maior parte - dos problemas confiados pela sociedade ao sistema de justiça”. Como resposta ao problema, recorda o autor diversos novos instrumentos utilizados para perseguir segurança e previsibilidade:

“Na interdisciplinaridade utilizada para transplantar soluções exitosas em outros segmentos e introduzi-las no universo da Justiça, muitas propostas se fizeram e vários projetos estão em curso. Adota-se, por exemplo, a investigação científica de problemas legais mediante estudo das decisões judiciais, para se obter sinalização sobre o rumo das futuras deliberações dos tribunais. Utiliza-se da linguística quantitativa, investiga-se o discurso versado nas decisões, investe-se na interpretação (...) A melhor compreensão do direito conforme emanado das sentenças é o tema que a Jurimetria passou a estudar, no cotejo entre estatística e direito, assim como se pesquisam assuntos como percepção social da justiça, custo e tempo do processo, judicialização das políticas públicas, diagnóstico sobre juizados e outros. Tudo com o

intuito de prognosticar o rumo da jurisprudência vindoura e garantir a almejada *segurança*.¹³⁰

Dispondo-nos a algo refletir sobre a busca por previsibilidade jurídica, sobre a utilização de “inteligência artificial” no âmbito judiciário, e sobre fenômenos relacionados ao que se tem denominado “justiça preditiva”, é mister – antes de mais – que se lance um olhar mais aprofundado sobre a “previdência do prudente”.

Cabe à virtude da prudência – reta razão do agir (*recta ratio agibilium*) - indicar as regras racionais na direção das ações humanas singulares.¹³¹ A previdência (*providentia*) é (quase) parte principal integrante¹³² da virtude da prudência¹³³, mais precisamente pertencente ao seu aspecto prático. É a *providentia* “condição da prudência ordenadora”.¹³⁴ A previsão de contingentes futuros é, pois, própria à prudência. A imprevisão, por sua vez, pode dar-se por uma negligente falta de solícitude na consideração dos contingentes futuros em vista da

¹³⁰ NALINI, José Renato. Fomentar novas vocações. Prefácio. In DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹³¹ V. DIP. Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica cit.*, p. 45).

¹³² “As partes integrantes de uma virtude são os elementos necessários para o ato mais perfeito de tal virtude. No caso da prudência são oito integrantes: cinco pertencem à prudência no seu aspecto cognitivo: a memória (*memoria*), o intelecto (*intellectus*), a razão (*ratio*), a docilidade (*docilitas*), a sagacidade (*solertia*) e as outras três conforme o seu aspecto prático: a previdência (*providentia*), a circunspeção (*circumspectio*) e a precaução (*cautio*). Essa divisão se dá em função de três considerações sobre o conhecimento. Primeiro, o próprio conhecimento, quando ele se refere ao passado pela necessidade de recorrer à experiência do ocorrido: a memória, quando se refere a coisas contingentes ou necessárias, o intelecto, mas não como potência intelectual, e sim enquanto a reta consideração de um princípio primeiro aceito e evidente por si. A segunda é sobre o modo de aquisição, quando ocorre por ensinamento, principalmente dos mais experientes, refere-se à docilidade, quando por descoberta, como de repente, à sagacidade. Terceiro, sobre o uso do conhecimento, quando se passa de coisas conhecidas ao julgamento de outras coisas, ao deliberar, a razão; e esta, para conduzir retamente, realiza três ações: primeira, ordena algo devido ao fim, relativo aos contingentes futuros, que é próprio da previdência; segunda, tem em conta o caso particular da situação, a circunspeção, conforme o mais conveniente em cada caso; terceira, evita os obstáculos, para liberar a realização do ato virtuoso, o que é próprio da precaução.” (VEIGA, Bernardo. A ética das virtudes segundo Tomás de Aquino. 1ª Edição – fevereiro de 2017 – Cedet/Ecclesiae, pp. 110/111).

¹³³ S. TOMÁS recorda Isidoro: “‘O prudente é assim chamado porque é como aquele que vê ao longe’, (em latim, *porro videns*). Ora, é daí que também deriva o vocábulo previdência, como diz Boécio”. Ainda, S. TOMÁS: “... a prudência se refere propriamente aos meios, e sua função própria consiste em ordená-los para o devido fim. (...) [O]s contingentes futuros, enquanto ordenáveis pelo homem ao fim da vida humana, pertencem à prudência. Ora, o termo previdência implica ambas as coisas: implica, com efeito, que o olhar se prenda a qualquer coisa distante como a um termo ao qual devem ser ordenadas as ações presentes [O verbo latino *providere* (de onde deriva o substantivo *providentia*) recobre os dois termos ‘prever’ e ‘prover’. Não se trata simplesmente de considerar o futuro, mas também de enfrentá-lo]. A previdência é, pois, uma parte da prudência. (...) a previdência é principal entre todas as partes da prudência: porque, todas as outras coisas requeridas para a prudência são necessárias para que algo se ordene retamente ao fim. Por esta razão, o próprio termo prudência deriva de previdência, como de sua parte principal. (...) [D]eve-se dizer que na ordenação correta ao fim, incluída na razão de previdência, está compreendida a retidão da deliberação, do julgamento e do preceito, sem os quais não pode haver uma ordem reta em relação ao fim.” (V. AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica. II-II, Q. 49, a. 6, e nota de rodapé “e”, Ed. Loyola, - 4ª ed. – São Paulo, 2014, pp. 626/627).

¹³⁴ PIEPER, Josef. Virtudes fundamentais. Tradução de Narino e Silva e Beckert da Assumpção. Lisboa: Editorial Aster, 1960, pp. 28/29.

ordenação da reta eleição das ações presentes ao fim do agente: um modo, portanto, de manifestação do vício da imprudência.

Ocorre que a exagerada ou desordenada solícitude ou preocupação pelas coisas materiais (uma certa “prudência da carne”) e pelo futuro pode implicar alguma espécie de vício oposto à prudência.¹³⁵ Disso decorre considerar que a previdência do prudente é aquela que não apenas é solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas que os prevê - não para preceituar ou julgar independentemente dos fins do homem, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas¹³⁶ – mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (os de normatização, aconselhamento e julgamento, inclusive) em função do bem real humano e do bem comum.

Desde um enfoque que se amplia para diversas interfaces do universo jurídico, fenômenos relacionados ao que se têm denominado “justiça preditiva”¹³⁷ - na esteira da pluralidade de novas propostas concernentes ao tema e movidos pela ânsia de uma segurança e certeza jurídicas que enfatizam a previsibilidade/calculabilidade, a confiabilidade e a eficiência - têm crescido e suscitado importantes discussões na atualidade, especialmente no que concerne

¹³⁵ V. AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica. II-II, Q. 55, em especial a. 1, 6 e 7, *respondeo*. Cito: “...deve-se dizer que os bens temporais estão sujeitos ao homem para que use deles segundo suas necessidades, não para que ponha neles seu fim e nem por eles sejam solícitos demasiadamente”. Ainda: “...deve-se dizer que a previsão do futuro é própria da prudência. Seria desordenada previdência ou solícitude pelo futuro, se alguém procurasse como fim as coisas temporais, nas quais se distingue o passado e o futuro. Ou se procurasse mais coisas do que as necessárias para vida; ou se se antecipasse o tempo da solícitude”.

¹³⁶ “*Como se dijo, los hábitos operativos tienen por fin el bien de las acciones concretas. Esto exige un conocimiento intelectual y práctico, es decir, un conocimiento que dirija las acciones. Elegir rectamente los medios para bien obrar supone tanto el conocimiento del fin de las acciones como el conocimiento de la ordenación adecuada para alcanzar ese fin.*” (DIP. Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica cit.*, p. 44).

¹³⁷ Em um conceito bastante restritivo: “A justiça preditiva é a análise de grandes quantidades de decisões judiciais por meio de tecnologias de inteligência artificial para fazer previsões do resultado de certos tipos de disputas especializadas.” (Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente. Tradução livre de Teresa Germana Lopes de Azevedo, p. 80. Acesso:< <https://emerontjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/Avulso/CartaEticaEuropeia.pdf>>).

ao uso do que se tem designado “inteligência artificial”¹³⁸, integrando *big data*¹³⁹, processamento de linguagem, *machine learning*¹⁴⁰, sistemas de algoritmos¹⁴¹, sistemas estatísticos e *softwares*¹⁴² variados que vão desde aqueles que agregam e relacionam dados com

¹³⁸ “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) Um conjunto de métodos científicos, teorias e técnicas cujo objetivo é reproduzir, por uma máquina, as habilidades cognitivas dos seres humanos. Desenvolvimentos atuais objetivam que as máquinas executem tarefas complexas anteriormente realizadas por seres humanos. No entanto, o termo inteligência artificial é criticado por especialistas que distinguem entre IAs ‘fortes’ e ‘fraco’ ou ‘moderado’” (V. Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais *cit.*). Cito, ainda: “A expressão ‘inteligência artificial’ é atribuída a John McCarthy que, em 1955, a definiu como a ciência de ‘fazer com que uma máquina tenha um comportamento tal que ele seria chamado de inteligente caso fosse realizado por um ser humano’. Conforme MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin L.; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, agosto de 1955, p. 11. Vide, também, MCCARTHY, John. *Ascribing Mental Qualities to Machines*, In: *Philosophical perspectives in artificial intelligence*, RINGL, M (ed.), Atlantic Highlands, N.J.: *Humanities Press*, 1979, p. 02.” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.260>, pp. 1559/1560, nota 5).

¹³⁹ “BIG DATA (metadados, grandes conjuntos de dados) O termo big data se refere a grandes conjuntos de dados de fontes mistas (por exemplo, dados abertos, dados proprietários e dados comprados comercialmente). Para dados derivados de atividade judicial, big data poderia ser a combinação de dados estatísticos, registros de conexões de software de negócios (logs de aplicativos), bancos de dados de decisões judiciais etc.” (Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial *cit.*, p. 78).

¹⁴⁰ “APRENDIZAGEM DE MÁQUINAS (MACHINE LEARNING). A aprendizagem de máquina torna possível construir um modelo matemático a partir dos dados, incorporando um grande número de variáveis que não são conhecidas de antemão. Os parâmetros são configurados gradualmente durante a fase de aprendizagem, que usa conjuntos de dados de treinamento para encontrar e classificar links. Os diferentes métodos de aprendizado de máquina são escolhidos pelos projetistas dependendo da natureza das tarefas a serem concluídas (agrupamento). Os métodos são geralmente classificados em três categorias: aprendizagem supervisionada (humana), aprendizagem não supervisionada e aprendizagem de reforço. Essas três categorias agrupam diferentes métodos, incluindo redes neurais, aprendizagem, etc.” (*Ibidem*, pp. 77/78).

¹⁴¹ “ALGORITMO Sequência finita de regras formais (operações e instruções lógicas) que permitem obter um resultado a partir da entrada inicial de informação. Esta sequência pode ser parte de um processo de execução automatizado e desenhar modelos projetados através do aprendizado de máquina.” (*Ibidem*, p. 77). Ainda: “São os algoritmos que dão vida à máquina. Eles se caracterizam por um ‘conjunto de instruções matemáticas’ ou ‘uma sequência de tarefas’ que informam ‘ao computador o que ele deve fazer’ ‘para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado’. (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal *cit.*, p. 1564).

¹⁴² “Como introdução, é necessário revisar brevemente os recursos prometidos pelo software ‘preditivo’. Eles propõem estabelecer probabilidades de sucesso (fracasso) de um processo perante um tribunal. Essas probabilidades são estabelecidas através da modelagem estatística de decisões anteriores usando métodos a partir de dois grandes domínios da ciência da computação: processamento de linguagem natural e aprendizado de máquina. Essas abordagens de modelagem estatística são frequentemente chamadas de inteligência artificial (IA); na verdade, trata-se de IAs ‘fracas’. Deve ficar claro de imediato que o termo Inteligência Artificial (IA) é discutido por especialistas, pois leva a muitas ambiguidades. O termo IA entrou agora em nossa linguagem cotidiana para descrever uma gama diversificada de ciências e tecnologias que permitem aos computadores vencer os melhores campeões no jogo de Go29, dirigir um carro, conversar com humanos, etc. Pesquisadores preferem identificar as diferentes aplicações através das tecnologias exatas que as sustentam, incluindo o aprendizado de máquina, às vezes referindo-se a todos esses recursos de IA altamente especializados como IAs ‘fracas’ (ou ‘moderadas’). Estes são distinguidos de um objetivo final - ainda totalmente teórico - de criar um IA ‘forte’, ou seja, uma máquina de autoaprendizagem capaz de compreender automaticamente o mundo em geral, em toda a sua complexidade. Especificamente para a justiça, os chamados sistemas de justiça preditiva visam ser usados por departamentos jurídicos, seguradoras (tanto para suas necessidades internas como para seus segurados), bem como advogados para antecipar o resultado do litígio. Eles também poderiam ser utilizados para auxiliar os magistrados na tomada de decisões.” (Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial *cit.*, p. 35/36).

o objetivo de aumentar a capacidade preditiva de um ser jurídico futuro e contingente¹⁴³ (como um provável fato de interesse criminal [predição criminal] ou empresarial, ou as alternativas possíveis e as probabilidades de êxito em uma demanda judicial [com o mapeamento de perfil de juízes, inclusive] e/ou gerenciamento de riscos), até projetos que impactam o Judiciário¹⁴⁴ e muitas vezes ambicionam uma espécie de sistema de tomada de decisão conformado por uma inteligência artificial auxiliar - ou bem acelerando as ações do juiz e outros juristas práticos na análise do caso e na atividade de tomada de decisão (por exemplo, possibilitando a identificação mais precisa de temas envolvidos [inclusive para fins de juízo de admissibilidade recursal], o fornecimento de pré-minutas, jurisprudência e doutrina), ou bem pretendendo-se o próprio decisor (uma espécie de juiz-robô)¹⁴⁵.

Verifica-se, com efeito, uma crescente ênfase na promoção de estudos e projetos nessas áreas.¹⁴⁶ Um campo que engloba não apenas a predição do futuro contingente relativo às deliberações judiciais, mas também se relaciona a atos, fatos e consequências cujo anseio de predição (e possível controle) interessa a indivíduos ou grupos e apresenta-se, muitas vezes, como manifestação dos Poderes Estatal, Econômico e Tecnocrático (ou algum tipo de fusão entre eles).¹⁴⁷

¹⁴³ Confira-se, a propósito: FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.

¹⁴⁴ Ainda: “Levando em conta todas essas importantes discussões, a modernização do Judiciário visa incorporar as TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação), a fim de introduzir novas facilidades não apenas para o acesso à Justiça, mas em todo o sistema judiciário, visando alcançar agilidade e eficiência na prestação jurisdicional. A análise recorrente é que, na modernização, devem ser propostas e implantadas ações que permitam o ‘como fazer’ um Judiciário eficaz e eficiente. Entende-se que para isto é necessário buscar apoio na área de Ciência da Computação, a fim de abranger métodos e técnicas para reduzir burocracia, acelerar o andamento dos processos judiciais, informatizar e padronizar procedimentos.” (*Ibidem*, p. 122).

¹⁴⁵ Veja-se, por exemplo: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/02/03/juiz-usa-robo-chatgpt-para-redigir-sentenca-de-caso-de-crianca-autista-na-colombia.ghtml>; https://www.vozpopuli.com/espana/poder-judicial-estudia-implementar-algoritmos-predigan-sentencias_0_1256574916.html; Ainda: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia-artificial-no-poder-judiciario-brasileiro-2019-11-22.pdf>. Para a bibliografia selecionada pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Inteligência artificial [recurso eletrônico]: aspectos jurídicos / Superior Tribunal de Justiça, Secretaria de Documentação, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. — Brasília: Superior Tribunal de Justiça — STJ, 2021. Dados eletrônicos — (Bibliografias selecionadas). Modo de acesso: Internet: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/BiblioSelec/article/view/11690/11813>.

¹⁴⁶ Veja-se, por exemplo: <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/mooc-judges>. Ainda, MARANHÃO [et al]: “Uma pesquisa realizada em 25 de março de 2021 no Google Acadêmico (<https://scholar.google.com>) com as palavras-chave ‘inteligência artificial’+direito retornou cerca de 24 mil artigos, dos quais aproximadamente metade foi publicada a partir de 2017. O número é consideravelmente maior para a mesma pesquisa realizada em língua inglesa: ‘artificial intelligence’+law retorna pouco menos de um milhão de publicações, das quais 110 mil foram realizadas nos últimos quatro anos. (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORENCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan./ jun. 2021, p. 156, nota 5).

¹⁴⁷ Pode-se destacar como, tanto no âmbito da administração dos poderes públicos como no âmbito privado, com o pretexto de desburocratizar e emprestar eficiência às atividades (e não se nega aqui seja a eficiência algo a ser

Não constitui objeto desta tese o enfoque específico sobre as variadas e complexas implicações da implantação e da aplicação desses modelos e tecnologias (que de modo geral se desenvolvem com o uso e manipulação de enorme quantidade de dados aptos a análises preditivas¹⁴⁸ que revelam padrões - de comportamento inclusive¹⁴⁹ - e que, ademais, impactam inúmeros setores, não apenas o universo jurídico) no contexto de opções regulatórias – ora mais, ora menos liberais¹⁵⁰ - que têm sido adotadas na tensão, por exemplo, entre reclamos por

perseguido, não porém como fim em si ou com sacrifício de outros fins hierarquicamente superiores), emerge uma “tecno-ciber-burocracia” que, dirigida por técnicos e descrente embora das “essências”, julga da virtude e do vício não em função da natureza da atividade que qualifica, do bem real humano e do bem comum, mas em função da produção.

¹⁴⁸ “Neste contexto, a análise preditiva é uma abordagem popular para obter informações e padrões sobre os dados e criar modelos preditivos. A análise preditiva visa aproveitar os dados do passado para obter informações em tempo real e prever eventos futuros. Na prática, a análise preditiva está na interseção entre a estatística, matemática e ciência da computação, que, em sua influência, pode ser aplicada para obter *insights* e ganhos em diferentes aplicações. Por exemplo, pontuação de crédito (*credit scoring*) (OKESOLA et al., 2017), identificação de tumores a partir de imagens de ressonância magnética (WONG et al, 2018), detecção de *spam* (SINGH; PAMULA; SHEKHAR, 2018), recomendação de produtos em aplicativos de comércio eletrônico (YAN, 2017), detecção de fraudes nas transações com cartão de crédito (HAFIZ; AGHILI; ZAVARSKY, 2016), previsão do mercado de ações (BARDDAL; GOMES; ENEMBRECK, 2015), segmentação de clientes (GONÇAROV, 2018) e previsão do tempo (temperatura e precipitação) (WARDAH et al., 2011) são algumas das aplicações nas quais a análise preditiva vem sendo aplicada com êxito. A análise preditiva tem por base as técnicas de Aprendizagem de Máquina (*Machine Learning*).” (FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. *Análise preditiva e decisões judiciais cit.*, p. 110).

¹⁴⁹ “Sistemas de inteligência artificial são usados (...) para automatizar várias tarefas cuja realização exigiria a inteligência humana. Entre essas tarefas, é particularmente relevante o uso de sistemas inteligentes para tentar prever o comportamento de indivíduos – o que engloba objetivos diversos, como a identificação das preferências de consumo de alguém e a determinação da probabilidade de inadimplência em um financiamento –, bem como o uso de dados para a tomada de decisão sem a participação humana.” (Cfr. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. *Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial cit.*, p. 163). Veja-se, também, GUIMARÃES: “Ainda que as experiências pioneiras e posteriores a Alan Turing no uso da inteligência artificial datem já de mais de meio século, foi apenas quando de sua conjugação com a facilitação do acesso à rede mundial de computadores, nos últimos vinte anos, que ela ganhou impulso decisivo a ponto de vir se inserindo paulatinamente no cotidiano das pessoas. Seu emprego hoje facilita a pesquisa sobre qualquer assunto, cataloga preferências, organiza perfis de consumo, seleciona propagandas, difunde ideias, formata e pasteuriza opiniões, promove censuras, direciona debates e até mesmo realiza ações concretas no mundo físico, a exemplo de acender e apagar a luz, ligar e desligar um aparelho, pesquisar uma música, o clima ou qualquer outro assunto.” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. *A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos cit.*, p. 1557).

¹⁵⁰ “São dois os caminhos que parecem se estruturar até aqui. De um lado, levando em conta a necessidade de preservação da intimidade dos julgadores e as críticas do filósofo francês Eric Sadin no sentido de que o uso irrefletido da inteligência artificial pode conduzir à ‘emergência de um novo regime de verdade’, computam-se os riscos que uma pesquisa preditiva possa gerar caso não se leve em conta que as máquinas são alimentadas por seres humanos e, nessa medida, os resultados das pesquisas podem advir de preconceitos. De outro, a necessidade de ampliar quadros de compreensão de como operam os processos decisórios das Cortes de Justiça, reforçando a ideia de publicidade das decisões e respectivo ‘*accountability*’, incorpora-se à abordagem defendida pelos matemáticos Cristian Calude e Giuseppe Longo ao ponderarem o quanto os algoritmos podem auxiliar na promoção de uma melhor prestação jurisdicional. Mais alinhados a essa segunda corrente, os norte-americanos, por exemplo, vêm utilizando a inteligência artificial como ferramenta para predizer processos decisórios já há algum tempo, fazendo-o com certa dificuldade, porém, com relativo sucesso, sem que isso tenha gerado a necessidade de regulamentação legal. Em sentido oposto, os franceses recentemente editaram uma lei tipificando como crime quem resolver coletar dados para esse tipo de análise.” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. *A Inteligência Artificial cit.*, pp. 1557/1558). Uma via intermediária, recordada por GUIMARÃES, é a indicada na “Carta Ética Europeia de Utilização da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciários”: “Os dois extremos evidenciados entre o que se produz nos Estados Unidos e a proibição criminalizadora da legislação francesa parecem escapar do

transparência/abertura e os assim denominados “direitos fundamentais”¹⁵¹, problemas que estão a exigir abordagens específicas e, no âmbito nacional, com consideração à Constituição Federal e à Lei Geral de Proteção de Dados¹⁵². São, com efeito, muitas as implicações da temática, como por exemplo, pertinentes à regulação da atuação de empresas (citem-se as *lawtechs* e *legaltechs*¹⁵³) que desenvolvem e exploram economicamente tecnologias para uso, tratamento, compartilhamento destes dados e, especificadamente, para o desenvolvimento de sistemas e modelos de “justiça preditiva” ou de ferramentas decisórias com o uso de “inteligência artificial”, bem assim implicações concernentes aos eventuais riscos que possam implicar não

quanto vem sendo trabalhado no âmbito da comunidade europeia em torno do tema da tecnologia da informação e comunicação dos sistemas europeus de Justiça. Em sua 31ª reunião plenária realizada nos dias 03 e 04 de novembro de 2018, a Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (“*Commission européenne pour l’efficacité de la justice* – CEPEJ”) editou uma ‘Carta Ética Europeia de Utilização da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciários e seu Entorno’. Nela se evidencia certo receio da Comissão Europeia quanto ao uso da inteligência artificial, mas a Carta Ética está longe de proibir o emprego da tecnologia e, mesmo muito distante da iniciativa francesa de tipificar pesquisas preditivas de jurisprudência como crime. A Comissão Europeia faz, no entanto, algumas ressalvas, dizendo que o ‘termo ‘justiça preditiva’ deve ser refutado porque é ambíguo e falacioso’ e que ‘os vieses de análise, se eles não podem ser totalmente excluídos, devem ser identificados’. Seja como for, em geral, ainda que a Carta Europeia externe certa preocupação, ela não proíbe, de partida, a análise de decisões judiciais e a estruturação de mecanismos de inteligência artificial que possam ser preditivos.” (*Ibidem*, p. 1578/1579).

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Lei 13.709/18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Dispõe a Lei, em seu art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” No Âmbito do Conselho Nacional de Justiça, institui-se, por portarias (PORTARIA Nº 212/2020), “Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e de propostas voltadas à adequação dos tribunais à Lei Geral de Proteção de Dados”, instituindo-se, ainda, por Resolução (RESOLUÇÃO Nº 334/2020), o “Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados no âmbito do Poder Judiciário”, com o objetivo de, “...por meio de estudos técnicos e apresentação de propostas, auxiliar o Conselho Nacional de Justiça no desenvolvimento e na implementação de política de dados abertos compatível com a proteção de dados pessoais no âmbito do Poder Judiciário.” (art. 1º). Ainda no âmbito do CNJ, editou-se Portaria (271/2000) que “Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário”. Registre-se, por fim, que por ato do Senado Federal (ATO DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL Nº 4, DE 2022), institui-se “Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil.”. (Cfr. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9087218&ts=1647551369960&disposition=inline>).

¹⁵³ “LEGAL TECH. Empresas que utilizam tecnologia da informação no campo do direito, a fim de oferecer serviços jurídicos inovadores. Essas empresas são start-ups especializadas em direito.” (V. Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial *cit.*, p. 80). Dentre os serviços jurídicos estão, conforme apontam FREITAS e BARDDAL: Análise e Jurimetria; Automação e gerenciamento de documentos; Conformidade (*Compliance*); Conteúdo jurídico, educação e consultoria; Extração e monitoramento de dados públicos; Gestão de escritórios e departamentos jurídicos; Inteligência Artificial para o setor público: soluções de IA para tribunais e autoridades públicas; Redes profissionais; *Regtech*: soluções tecnológicas para solucionar problemas gerados por requisitos regulatórios; Resolução de disputas *on-line*; *Taxtech*: plataformas que oferecem tecnologias e soluções para todos os tipos de desafios tributários; *CivicTech*: empresas de tecnologia que melhoram o relacionamento entre pessoas e instituições, dando mais voz para participar de decisões ou melhorar a prestação de serviços; Tecnologia imobiliária: aplicação da Tecnologia da informação (TI) por meio de plataformas voltadas ao setor imobiliário e cadastral.” (Cfr. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais *cit.*, pp. 119/120).

apenas à natureza humana, mas também à sociedade, dentre eles os relacionados a alguma espécie de viés algorítmico¹⁵⁴ e os concernentes ao incremento do Poder Tecnocrático.

MARANHÃO, FLORÊNCIO E ALMADA¹⁵⁵, com efeito, advertem sobre o “...desafio de como contestar e revisar decisões lastreadas em inteligência artificial, principalmente quando baseadas em técnicas computacionais opacas” e apontam no sentido de que o esforço regulatório de controle dos riscos deveria focar o uso dos dados, é dizer, “...como empresas e os governos estão realmente implantando regras para tomar decisões, com emprego de inteligências artificiais”, destacando a importância – para as iniciativas regulatórias - da “incorporação de critérios éticos no desenvolvimento de sistemas.”¹⁵⁶

Há que se destacar que na interface entre direito e tecnologia – e em decorrência da aplicação da “inteligência artificial” ao direito – inúmeros problemas regulatórios estão a surgir e a ensejar o que alguns têm denominado “Direito da inteligência artificial”¹⁵⁷. Para o enfrentamento desses novos problemas, fundamentais questões éticas concernentes à regulação emergem, atraindo a explicitação de alguns posicionamentos sobre a temática, a exemplo, no

¹⁵⁴ “Retoma-se aqui o problema do emprego de algoritmos na elaboração de uma inteligência artificial. Se ele parte de um silogismo científico, como acima destacado, pode ocorrer algo equivalente ao problema que o próprio Aristóteles alertava para a adequada elaboração de um silogismo: não atentar para a necessidade de que a premissa maior seja verdadeira. Aqui se corre o risco de um engenheiro do conhecimento ou um programador ensinarem a máquina de forma errada, isto é, partindo de um entimema. (...) Se o entimema é formado uma premissa maior dada como certa, é preciso entender que esta, por sua vez, pode estar se originando de um preconceito, o qual pode ser até mesmo indemonstrável, quiçá originário do inconsciente, e pode estar presente, seja no perito por ocasião da orientação ao engenheiro que ensinará a máquina, seja no juiz cujas decisões anteriores serão analisadas pela inteligência artificial para elaborar a predição. Tudo isso casa com a preocupação do filósofo francês Eric Sadin, destacada no documento da Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça, de dizer que a ideia de ‘neutralidade’ dos algoritmos é um mito. Talvez isso tudo explique os dois caminhos que vêm sendo trilhados quanto à possibilidade de se admitir o uso da inteligência artificial na elaboração de predições das decisões judiciais e sirva de alerta para que se tenha maior cuidado na construção dos sistemas peritos que nortearão as pesquisas preditivas daqui em diante.” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. *A Inteligência Artificial cit.*, pp. 1570/1574).

¹⁵⁵ Cfr. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. *Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial cit.*. Expõem os autores: “A opacidade de sistemas de aprendizado de máquina é uma das maiores fontes de atenção e preocupação na atualidade, principalmente no que diz respeito à possibilidade de contestação, mas também em relação ao risco de incorporação de vieses que resultem em construção de perfis ou tomadas de decisão discriminatórias, ou ainda da possibilidade de tomadas de decisão que ignorem valores humanos ou desrespeitem direitos fundamentais e a dignidade humana. Três fatores contribuem, em variados graus, para que um sistema seja opaco: a complexidade dos modelos matemáticos envolvidos, a dificuldade de entender as operações envolvidas no processamento de dados em larga escala e a falta de clareza no contexto institucional de uso destes sistemas (BURRELL, 2016).”

¹⁵⁶ “Nos últimos anos, diversos órgãos governamentais, associações de pesquisa e organizações privadas produziram documentos em resposta às preocupações acerca do emprego de sistemas de inteligência artificial, propondo parâmetros éticos para o desenvolvimento e aplicação de sistemas de IA. De acordo com um estudo de Anna Jobin, Marcello Ienca e Effy Vayena (2019), há ao menos 84 documentos contendo princípios ou diretrizes para a inteligência artificial. Esses documentos são publicados por governos, organizações internacionais, empresas e organizações do terceiro setor, que por vezes adotam princípios distintos uns dos outros ou dão ênfases diferentes aos princípios escolhidos.” (*Ibidem*, p. 160).

¹⁵⁷ Cfr. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque [et all], *op. cit.*.

âmbito europeu, do contido na “Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente” (Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça - CEPEJ)¹⁵⁸, e, no contexto brasileiro, da Resolução CNJ n. 332/2020, que “[d]ispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário”.¹⁵⁹

Mas existe um problema fundamental precedente às discussões concernentes aos limites de aplicação das inovações tecnológicas e seu uso ético: trata-se da questão sobre a existência de uma natureza humana, questão que se desdobra – uma vez admitida essa natureza – nas imposições que a ordem do *ser* impõe ao âmbito prático.

Abstraídas as muitas nuances para a concretização de princípios éticos e para a ordenação ao bem comum por meio da formulação de regras e da condução de processos decisórios em diferentes âmbitos de aplicação da “inteligência artificial” e em tantos outros temas concernentes a áreas sensíveis (*ad. ex.*, bioética, saúde, empresarial, registral, criminal, ambiental, consumidor etc.), nas considerações morais afetas ao problema das escolhas regulatórias nessas temáticas¹⁶⁰ não se pode perder de vista, para os fins de toda consequente regulação abstrata e para as decisões (também judiciais), a natureza e o fundamento objetivo das atividades práticas regulatória e decisória e a distinção entre técnica e prudência, de modo que, na abordagem dos problemas éticos, jurídicos, econômicos e políticos envolvidos, devem ser trazidas à luz, suposta antes a notícia de todas as coisas¹⁶¹ (logo também a notícia da economia), problemas metafísicos e antropológicos – os quais envolvem as questões

¹⁵⁸ “O processamento de decisões judiciais por inteligência artificial, de acordo com seus desenvolvedores, provavelmente, em questões civis, comerciais e administrativas, ajudará a melhorar a previsibilidade da aplicação da lei e a coerência das decisões judiciais...” (Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente *cit.*, p. 9).

¹⁵⁹ Acesso: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>>.

¹⁶⁰ Aqui se põe em foco o uso humano ético da “inteligência artificial” como “artefato humano” em seu emprego técnico, um enfoque que se distingue da questão teórica sobre a possibilidade ou não de um agir moral de um “sujeito artificial” (sobre essa distinção, confira-se: SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021, p. 182), problema este ao qual se aludirá brevemente adiante.

¹⁶¹ “*La ciencia del derecho, al requerir la previa noticia de todas las cosas, necesita tener la debida noticia de la economía. El jurista para determinar qué es derecho se encuentra siempre con la economía. Debe atender al valor de las cosas, a las consecuencias económicas de las leyes, de los contratos y de cualquier decisión. Si derecho es genuinamente lo que es justo conforme la naturaleza de las cosas, si la justicia general tiene por pauta el bien común, que incluye la ‘communis utilitas’, si la justicia distributiva debe guiarse por la igualdad geométrica, o proporcionalidad en la distribución de beneficios y cargas comunes, si la justicia conmutativa se debe guiar por la igualdad aritmética, la economía debe ser tenida muy en cuenta por todo jurista, desde el legislador al juez, desde el catedrático a todo asesor jurídico y, específicamente, a todo notario.*” (V. VALLET DE GOYTSOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 564/565).

fundamentais sobre a natureza humana¹⁶², sua ordem e seu fim, sobre suas potências racionais (intelecto e vontade), sobre a natureza dos hábitos/virtudes que as qualificam (e, dentre elas, muito especialmente a prudência – de que é [quase] parte principal a providência) - e o problema relativo ao bem comum.

Alcançado o ponto, interessa aqui anotar, sem prejuízo das implicações com o bem comum (fim da lei e da ordem política, “...es el bien de todo hombre en cuanto hombre y, por lo mismo, común a todos los hombres”)¹⁶³, o fundamento para toda e qualquer regulação: a natureza do ente e, no caso dos seres humanos - cuja diferença específica é dada pelo intelecto -, a ordem da razão como norma/regra imediata do obrar. SEGOVIA recorda, com precisão, os planos conceituais de natureza – e de natureza humana - na tradição aristotélico-tomista (como “princípio de movimento ou de operação”, como “essência”, como “fim”, como “regra do ente” e, ainda, como “a verdade do ente”), apontando, com BOECIO, a natureza como a “diferença específica” que informa cada coisa: no caso do ser humano, o intelecto. Ressalta SEGOVIA que os meios técnicos e os instrumentos tecnológicos (artefatos) não têm em si mesmo o princípio de seu movimento, tomando-o do ente humano que os inventa ou aplica, não sendo possível – a despeito do que propugnam correntes filosóficas em voga – que a tecnologia elimine a distinção entre homem e artefato humano e que possa operar por si mesma, intento que só se dá com particular desprezo da ordem conveniente ao fim da natureza/essência constitutiva do homem, fim este que é o bem perfectivo desta mesma natureza, a qual, por ser

¹⁶² Uma discussão que não prescinde, portanto, de tocar – ainda que de modo superficial - princípios que estão na base de cosmovisões distintas a respeito da metafísica, da teoria do conhecimento e da antropologia filosófica. Uma advertência similar é feita por SEGOVIA: “Después de haber repasado las pretensiones de pos y transhumanistas, de haber tratado de alcanzar sus fundamentos metafísicos y de proyectar las consecuencias que sus ideas tienen para la sociedad, tengo la convicción que, cuando hablamos del «hombre», ellos y nosotros, nos referimos a cosas distintas. Esto explica por qué todo debate planteado en el terreno ético o jurídico rápidamente descende de los principios a las cuestiones prácticas, renunciando a entrar en el fondo de la cuestión. Es una estrategia que siempre los favorece. Si hemos de dar ese debate tenemos que hacerlo en un nivel más elevado. (...) Para el filósofo [ARISTÓTELES] el conocimiento de los principios y sus causas es un saber supremo que está sobre otro saber humano y, según corrobora SANTO TOMÁS DE AQUINO, estos saberes humanos deben abrirnos la puerta a la sabiduría, como el portero al rey. A contrario sensu, si fuese verdad, como creía de PROTÁGORAS, que el hombre es la medida de todas las cosas, tendríamos «que lo que a cada cual le parece con certeza, también es»; es decir, «que la misma cosa es y no es, y que es buena y es mala a la vez», porque «la medida es lo que parece a cada uno». La impugnación clásica al relativismo humanista —de la sofística griega y de la moderna o posmoderna— pareciera no tener valor alguno en estos tiempos. No solamente porque lo que parece a cada hombre es hoy la medida de todas las cosas, sino porque, además y como hemos visto, el hombre, que es la medida o regla, se dice de tantas formas que ya no se sabe qué es eso que tiene en sí el poder medir y la capacidad de reglar.” (SEGOVIA, Juan Fernando. *La Progresiva Destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana: Sobre el transhumanismo y el posthumanismo*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 49/81, pp. 78/79).

¹⁶³ O bem comum não se confunde com o mero interesse público nem com bem coletivo. Na apreensão de seus contornos está o cerne do problema político. Reportamo-nos à a lição de CASTELLANO constante da nota de rodapé 72.

intelectiva, é dita ordem ao bem universal que pode conhecer e amar, sendo, portanto, a ordem da razão a norma imediata do obrar segundo a própria natureza intelectual humana e segundo seu fim.¹⁶⁴

Também resumiu o autor algumas premissas, conclusões e modos com que agem correntes – assim o trans-humanismo e o pós-humanismo - que negam essa realidade da natureza, e da natureza humana, e dirigem sua crítica ao humanismo antropocêntrico da modernidade¹⁶⁵ (note-se: já é este uma distorção imanentizada de como se compreende a natureza humana na ordem de todas as coisas na tradição aristotélica e, em especial, na tomista). Pode-se dizer, com apoio em SEGOVIA, que essas correntes - buscando abolir toda diferença

¹⁶⁴ “Para los griegos la naturaleza no es un término solamente físico; hay una naturaleza en sentido metafísico que designa el principio de movimiento (desarrollo) y de acción de cada ser (ente), un conjunto de propiedades intrínsecas que tienden ellas mismas a realizar la perfección del ser. Como el principio del movimiento del ser puede provenir de la materia o de la forma, se sostiene que la naturaleza refiere primeramente a la forma que completa la esencia; o, en palabras de BOECIO, la naturaleza indica «la diferencia específica que informa a cada cosa». Y en el compuesto que es el hombre, la diferencia específica es la forma que da la especie, es el intelecto. Luego, la naturaleza como principio de operación en el hombre se sitúa en las facultades espirituales, el intelecto que conoce y la voluntad que quiere. Las cosas que el hombre inventa, los artefactos (los medios técnicos y los instrumentos tecnológicos) no tienen en sí mismos el principio de movimiento sino que lo toman del hombre que los inventa o aplica. La distinción entre hombre y artefacto humano es barrida en las corrientes tardomodernas que afirman que la tecnología posee el poder de operar por sí misma, no sólo para transformar la naturaleza física en algo artefactual sino además para ser copartícipe (co-constitutiva) de la vida humana. Trans y posthumanistas sostienen, con diverso fundamento, la co-creación o la co-evolución, la creación o evolución participada de la naturaleza entre el hombre y la tecnología. (...) La naturaleza es la esencia del ser, lo que dicho del hombre significa eso que los hombres somos, un compuesto de materia y forma (hilemorfismo), de cuerpo y espíritu. No tenemos un cuerpo, somos «un» cuerpo y «en» un cuerpo, indisolublemente unido al alma espiritual hasta la muerte. La simbiosis espíritu-cuerpo hace a la unidad del ser humano, compuesto de forma y materia. (...) Efectivamente, pues la forma que da la especie y define la naturaleza implica un orden al fin que es conveniente a cada cosa según su naturaleza. Por ello se dice que la naturaleza tiene «razón de principio» por su capacidad de mover, de mover al fin que es un bien y que es perfecto de la naturaleza. Siendo los hombres de naturaleza intelectual, esa naturaleza «dice orden al bien universal que puede conocer, y que es el objeto de la voluntad». Entonces es natural al hombre que el principio intelectual —su forma específica— domine y además ennoblezca, perfeccione, a la materia, a su cuerpo.” (SEGOVIA, Juan Fernando. *La Progresiva Destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana cit.*, pp. 51/52).

¹⁶⁵ “Según los posthumanistas, la Modernidad diseñó al hombre como un sujeto racional autocentrado. El ideal humanista es el del hombre como entidad unitaria, poseedor de una identidad incontrovertible: el hombre vitruviano de LEONARDO, el sujeto pensante de DESCARTES, el hombre autónomo kantiano o el individuo racional del liberalismo. Pero esta imagen ha devenido falsa por varios motivos: en primer término, porque relega la corporeidad humana a una extensión cartesiana dominable por la mente; porque imagina, además, un sujeto racional artífice de la cultura en la que vive, cuando en realidad esa cultura es la que define al hombre como la materia sobre la que se ejerce el poder/saber modernos; finalmente, porque otorga al hombre una naturaleza definida esencial u ontológicamente, como algo necesario e invariable, objetivada —un objeto natural—, que es superior y dominante de lo no humano. Se trata de un discurso simplista que falsea la complejidad de la vida humana; y que no es más que un instrumento de dominio sobre los hombres en vista de proyectos imperialistas. Los propósitos del posthumanismo, no tanto los de los transhumanistas, se fincan en acabar con la imagen del sujeto racional libre e igual que sería un constructo elaborado por otro constructo, el de una cultura impuesta por tal sujeto. Se trata de recobrar la complejidad, las diferencias y las interconexiones (el sexo, la raza, lo animal, la máquina, etc.) que han sido deshumanizadas o negadas por el imperialismo humanista. La guerra contra esta imagen distorsionada del hombre, los trans-posthumanistas la libran combatiendo la concepción clásico-cristiana de la naturaleza que los lleva a impugnar toda diferencia específica entre lo humano y lo no-humano.” (Ibidem, p. 54)

entre o humano e o não humano - em geral sustentam: que é a matéria o princípio de movimento dos seres; que só há matéria e, pois, não há formas substanciais que a especifiquem, tampouco, portanto, espécies; que não há essências (logo, não há essência humana), fim ou perfeição humana, remanescendo o sujeito ao sabor de seus fluidos e mutantes desejos e paixões, os quais passam – em substituição à ordem da razão que aponta o que é conveniente à natureza racional - a ser a nova régua, a fonte normativa de seu obrar, não raramente se valendo do não-humano; que não há, ademais, uma realidade que haure o ser por participação (causado) pelo Próprio Ser Subsistente e uma lei natural participada e objetivamente fundada, erigindo-se toda normatividade por mera convenção.¹⁶⁶ Arremata SEGOVIA:

“Desde que las nuevas tecnologías cuestionan el significado de la naturaleza humana, complicando el concepto «ser humano» y desafiando la fijeza de lo que se entiende por «naturaleza», trans y posthumanistas tratan de precisar cómo es ese devenir posthumano más allá de su humanidad, de qué manera el posthumano se emancipa de su naturaleza para convertirse en un sujeto mejorado que no debe nada a la naturaleza.”¹⁶⁷

CASTELLANO expõe a distopia implicada pelo trans-humanismo, sua relação com a tecnologia e a redução conceitual de “ciência” que supõe:

“El transhumanismo (...) se distingue (...) por la confianza en la posibilidad de una transformación profunda de la actual condición humana a través de la utilización de la tecnología disponible. (...) comparte con la tradición humanística la confianza en la razón, particularmente la razón ilustrada; exalta la ciencia reduciéndola a un solo aspecto: es capaz de traducirse en una técnica útil para modificar la naturaleza de las «cosas» y dominar la vida; «deconstruye» lo humano con la intención, sin embargo, de exaltarlo, es decir, de llevar el humanismo hasta sus últimas consecuencias; no elimina las identidades de modo absoluto e irreversible (como, p. ej., teorizan e intentan hacer, en modos distintos aunque convergentes, algunas teorías del feminismo, de los estudios postcoloniales, de la discapacidad, del llamado «género», etc.). (...) una evolución del humanismo, entendido como emancipación total del hombre respecto de todo orden, vínculo o condición “...una evolución autodirigida del hombre (y consiguientemente de la sociedad humana), favorecida por la utilización de las nuevas tecnologías que —se entiende— cambiarán el mundo”.¹⁶⁸

O *iusfilosofo* italiano ainda destaca que a melhora da condição humana é perseguida segundo parâmetros – os de justiça inclusive - assumidos/escolhidos/eleitos voluntaristicamente como válidos, não válidos em si mesmos ou por si mesmos, isto é, não uma valoração que possa ser intelectual e objetivamente apreendida. É dizer, uma condição humana convencionalizada, não

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 54/55.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁸ CASTELLANO, D. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 169/179, p. 169.

ligada à natureza humana especulada onto-metafisicamente. Uma melhora da condição humana que

“Eliminará, así, el envejecimiento, potenciará las capacidades intelectuales y fisiológicas del hombre. Favorecerá con las aplicaciones de las innovaciones tecnológicas un desarrollo tal de la humanidad que la inteligencia artificial, por ejemplo, superará la humana y el mundo será en todo caso «distinto» de como el hombre lo ha conocido hasta ahora. (...) [S]e ha afirmado una ideología de la perfección, según la cual el hombre estaría en condiciones de dominar la evolución, ya que sería posible guiar el cambio por medio de la autodeterminación y la racionalidad.”¹⁶⁹

Uma autodeterminação, adverte CASTELLANO, que se identifica com

“...la libertad de decidirse y de autoafirmarse según los propios deseos y las propias propensiones, a menudo según los propios caprichos”, [e uma racionalidade¹⁷⁰ que] “no es el acoger la realidad metafísica y el orden natural de las cosas, así como el decidirse de conformidad con ellos, según la enseñanza del pensamiento clásico”, [mas] “... el mero cálculo, como teorizó, por ejemplo, HOBBS. Esto es, la racionalidad es el método mejor para alcanzar los resultados que se pretende conseguir. En suma, mero rigor procedimental.”¹⁷¹

Destacará VALENZUELA o caráter redutivo e utilitário dessa concepção de racionalidade:

“...aceptando la racionalidad como elemento director del progreso transhumanista, parece que también se encuentra reducida, dado que se equipara a la utilidad, que es el criterio del ideal de mejoramiento.”¹⁷²

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 169/170. Acrescenta CASTELLANO: “La confianza en el poder de la ciencia y de la técnica, aplicación ésta de aquélla, para hacer mejor el mundo, reduciendo la pobreza, eliminando las enfermedades, superando las discapacidades, haciendo desaparecer la desnutrición, venciendo a la muerte, etc., no es una novedad de nuestro tiempo. Roger BACON (1214-1294), PICO DELLA MIRANDOLA (1463-1494), Francis BACON (1561-1626), TEILHARD DE CHARDIN (1881-1955), por ejemplo, ya la tenían. Esta confianza es hija sobre todo de la Ilustración, aunque tenga orígenes más remotos. Pero hoy la convergencia del uso de las tecnologías en el sector biológico e informático, de las nanotecnologías y de las ciencias cognitivas, han dado nuevo alimento a esta vieja convicción.”

¹⁷⁰ “Razionale, infatti, significa, propriamente, «secondo ragione», non secondo calcolo, non secondo programmazione, non secondo volontà. Dunque sono e possono dirsi razionali in senso proprio, tutti e soli gli atti dell'uomo, i quali, derivando necessariamente dall'esercizio del libero arbitrio, inverino in sé stessi atti conformi a ragione, atti, cioè, oggettivamente e ontologicamente qualificati e qualificabili in se dal requisito della razionalità. (...) La razionalità, infatti, non è né il calcolo, né l'abilità tecnica, né, da ultimo, la mera coscienza e volontà dell'atto, anche se – ovviamente – questi elementi dell'atto medesimo possono esprimerla e compendiarla in sé stessi e anche se, con riguardo a quest'ultimo aspetto, esso ne rappresenta il «presupposto prossimo», giacché non può aversi atto razionale, senza coscienza e volontà di compierlo.” (V. DI MARCO, Rudi. *Sulla crisi dell'ordinamento giuridico e sulla “metamorfosi” della pretesa in diritto*. L'Ircocervo 2017 – Fondazione Gentile Onlus | Autori: Rudi Di Marco Reg. N. 1810 Trib. Padova, ISSN 1722-392X, p. 31. Disponível em: https://lircocervo.it/wp-content/uploads/2018/04/2017_I_Dottrina_DiMarco.pdf.)

¹⁷¹ CASTELLANO, D. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados* cit, p. 171.

¹⁷² VALENZUELA, Tomás Aróstica. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino*. *Revista Akademeia* Vol. 20, Núm. 2 (2021): Noviembre – Diciembre, p. 50.

Nesse contexto, CASTELLANO identificará o postulado do trans-humanismo, no plano político, como uma síntese de “cientifismo” e “liberalismo”¹⁷³. SEGOVIA denunciará a gravidade de seu erro consumativo do niilismo e o desprezo que promove do natural e da pessoa ao mesmo tempo em que exalta o animal e o artificial¹⁷⁴. VALENZUELA, a seu turno, ressaltará uma grave consequência que se segue aos postulados trans e pós humanistas: a eliminação da dignidade humana tal como entendida desde o realismo tomista.¹⁷⁵

Manifestam-se, assim, trans e pós-humanismo em uma torrente de ideias e ações que resultam em graves implicações políticas e jurídicas.

No plano político, avançam modelos tecnocráticos que, movidos predominantemente por interesses econômicos e com foco utilitarista, são erigidos a razões de Estado (manifestando uma certa fusão entre os Poderes Econômico e Político) e implementados por instrumentos de controle – inclusive supraestatais - cada vez mais complexos e aptos a perseguir a eficiência.¹⁷⁶ GALVÃO DE SOUSA há décadas já apontava para o fenômeno de que

¹⁷³ “*El transhumanismo, en el sector político, es la síntesis de cientifismo y liberalismo. El liberalismo «libera» el saber, que por lo mismo puede ser utilizado según la autodeterminación de la voluntad. No habría reglas que respetar, porque la verdad —si se la admite— estaría subordinada a la libertad (entendida como «libertad negativa»).* El cientifismo, que es uso del conocimiento como dominio, permite obrar eficazmente y, por tanto, conseguir los resultados que se han establecido por la evolución autodirigida que postula el transhumanismo. La política, en vez de ser ciencia ética, se transforma en ciencia política pura, como sugirió MAQUIAVELO.” (CASTELLANO, D. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados cit.*, p. 172).

¹⁷⁴ “*Con la Modernidad dio comienzo la degradación de lo humano por un exagerado naturalismo (y sus secuelas, como el inmanentismo o el racionalismo, hasta el materialismo); ahora ese naturalismo ha acabado por despreciar lo natural y amar lo artificial. El sujeto posthumano —hay que repetirlo— es una conversión a lo animal al mismo tiempo que una afirmación de la máquina, esto es: un sujeto que pretende unirse sin fronteras con lo que él no es y con lo que él inventa, una suerte de animal artificial, artefactual, que muchos ejemplifican en el ciborg. El transhumanismo, al negar la evidencia de la naturaleza humana, es nihilista; y el posthumanismo es la consumación de ese nihilismo. Danilo CASTELLANO nos advirtió hace una década que enfrentábamos doctrinas que procuran la precariedad de la persona. ¿Qué mayor precariedad que la del posthumano? Si la Modernidad humanista constituye una inclinación al mal humano, el trans y el posthumanismo de la tardomodernidad son ya una clara y contumaz repulsa del bien y la verdad. Debería decirse: del Bien y de la Verdad.*” (SEGOVIA, Juan Fernando. *La Progresiva Destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana cit.*, p. 80).

¹⁷⁵ VALENZUELA, Tomás Aróstica. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino cit.*, p. 43. Diz o autor: “*En síntesis, la indefinición ontológica con la que están dotadas estas corrientes no tiene la facultad para concebir la noción de persona y la dignidad de la cual ella es sujeto; termina reduciendo a la humanidad a su mínima configuración y la hace tan vulnerable al devenir y a la voluntad de otros como cualquier herramienta, objetivable, mutable y manipulable.*” (*Ibidem*, p. 52).

¹⁷⁶ GALVÃO DE SOUSA, com VALLET DE GOYTISILO, aponta para o caráter ideológico da tecnocracia segundo realidades típicas de nossa época: a sociedade de massas, o dirigismo estatal e os “*mass media of communication*”. O autor aponta ser o Estado tecnocrático a culminância da sucessão no tempo de modalidades de organização política dos povos ocidentais. (V. GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva). Juan Antonio WIDOW, explanando sobre a ideologia tecnocrática tal como vista por VALLET de GOYTISOLO, expõe: “*Esta esencial relación entre ideología y tecnocracia es lo que nos permite considerar los efectos de aquélla sobre la sociedad mediante un estudio de lo que Vallet escribe sobre ésta, tema en el cual se detiene largamente y en distintas obras. La tecnocracia (...) consiste básicamente en una reducción de todo*

“A cibernética e a informática, que tão largos passos vieram permitir nos processos racionalizadores, poderiam, desde que bem empregadas, contribuir para libertar o homem de certas operações mecânicas e proporcionar-lhe condições propícias a um revigoramento da sua interioridade. Se exatamente o contrário vem acontecendo, é porque, habituado a pensar em termos de dinheiro e a ordenar a própria vida na busca do conforto e do bem-estar material como supremos objetivos, o homem moderno perdeu o controle dos seus instrumentos, tornando-se objeto deles. Assim se explica a mecanização da vida, acentuada cada vez mais pelo progresso técnico. O que é meio passa a ser fim. O homem em vez de ser sujeito perverte-se em objeto. A racionalização deixa de favorecer o aperfeiçoamento da pessoa humana e torna-se um fator tendente a aniquilar a vida do espírito. Já nem sequer é o *homo faber* que substitui o *homo sapiens*, pois o que fica de tudo isso não é o homem fabricante e sim o homem fabricado. Fabricado até nas suas opiniões, nos seus gostos e nos seus sentimentos. Daí procedem as críticas à tecnocracia entendida como redução dos valores humanos à técnica”.¹⁷⁷

No plano jurídico, negadas as essências e, logo, a natureza/essência humana, não apenas a pessoa é “sujeito de direito”, mas também passam a sê-lo os animais (com direito à felicidade, inclusive), os elementos do meio ambiente e as máquinas, contexto fértil a propostas ou visões como as do panvitalismo e do especismo. Citem-se, de modo meramente exemplificativo, a aplicação de institutos de direito de família e registrário aos animais domésticos (guarda, pensão alimentícia, registro em cartório de títulos e documentos, família multiespécie etc.), no direito processual o reconhecimento da capacidade dos animais, ou mesmo de elementos da natureza, para figurar como parte em juízo, o reconhecimento de máquinas como detentoras de propriedade intelectual¹⁷⁸ (direitos de autor, propriedade industrial etc.) e os reclamos para a proteção de direitos da “personalidade” de “avatars” no “metaverso”.

No âmbito *iuspolitico*, cabível a advertência de MARANHÃO, FLORÊNCIO E ALMADA no que concerne às aplicações da “inteligência artificial”:

“Entre os empregos de sistemas de inteligência artificial, um dos principais focos de atenção para o Direito está na coleta e tratamento de dados pessoais para perfilamento.

*criterio de gobierno político al de una racionalización cuantitativa de todo el universo de las conductas humanas. De este modo, comprende una concepción cientifista, entendida la ciencia como el instrumento técnico, sin límites en su aplicabilidad, que permite construir la nueva sociedad; es, además, totalitaria, ‘en el sentido de que todas las actividades de la sociedad sean asumidas por el Estado’, y es operativa, pues implica el uso ‘de los mejores adelantos técnicos para ordenar –planificar– centralmente..., ya sea impulsando el desarrollo y el consumo, o bien frenándolo y planificando los nacimientos, distribuyendo la riqueza y las rentas, el bienestar o la escasez, la cultura y las informaciones de masa’. De esta manera supone la necesidad de centralizar el poder suficiente para ‘racionalizar el mundo cuantificándolo’, y para ‘operar técnicamente la racionalización predeterminada’.” (WIDOW, Juan Antonio. *Las ideologías vistas por Vallet. Verbo*, núm. 497-498 (2011), 701-730. *Fundación Speiro*, p. 722.)*

¹⁷⁷ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 113.

¹⁷⁸ No ponto, fica a advertência de SANGUINETI: “*Las obras de los SI [sistemas inteligentes], por valiosas y útiles que sean, se han obtenido mediante mecanismos no intencionales, fuera de las operaciones cognitivas personales. Por tanto, son obras del hombre mismo en cuanto alcanza nuevos resultados mediante instrumentos que él ha creado*”. (SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente. Un enfoque ontológico y antropológico*. Ed. Palabra, Madrid 2007, fl. 343).

Determinar o perfil do indivíduo pode valer muito a anunciantes, a seguradoras, e ao próprio Estado. A China, por exemplo, tem utilizado uma combinação de vigilância por meio de inteligência artificial com uso de enorme quantidade de dados pessoais para monitorar a vida e o comportamento das pessoas em detalhes minuciosos (GOMES, 2017, p. 50-51; LARSON, 2018; ONG, 2011, p. 172-179). Nesse sentido, surge na literatura acadêmica e na sociedade civil uma preocupação a respeito dos limites da chamada governança algorítmica (MACHADO, 2018) e de seus impactos no Estado de Direito (BAYAMLIOĞLU; LEENES, 2018).¹⁷⁹

Fundamental para os tempos que se aproximam - quanto aos usos da tecnologia para fins de controle e com desprezo da natureza humana, inclusive nas assim denominadas democracias - a reflexão de SEGOVIA:

“Como se advirtió, el proyecto trans y posthumanista es de doble filo, carente de lógica, hijo de una dialéctica materialista que al destruir/deconstruir el ser humano, destruye o deconstruye el mundo para el hombre. (...) Es posible imaginar una democracia que, usando de las tecnologías biológicas y cibernéticas, haga crecer insensiblemente los mecanismos de control sobre la población humana, con instrumentos sutiles de vigilancia y represión o métodos groseros de compensación y satisfacción de los deseos humanos. (...) Insensiblemente, transhumanismo y posthumanismo están empujando hacia la deriva tardomoderna del totalitarismo. Lo significativo es que esa deriva se diga en nombre de la libertad como autonomía.”¹⁸⁰

Apesar da pretensão de projetos como os trans e pós-humanistas de derrubar as fronteiras e eliminar as diferenças entre o humano e o não-humano¹⁸¹, em especial desde uma redução materialista da estrutura da realidade pela negativa da existência das formas substanciais e essências (com grave prejuízo para a escorreita compreensão da natureza do ato intelectual), repugna à razão que a imaterialidade não seja parte constitutiva da realidade e mesmo imprescindível à materialidade. Ora, tanto a existência de uma causa primeira imóvel imaterial pode ser objeto de demonstração racional a partir da experiência da apreensão dos sentidos, de um “efeito”, enfim, de algo “contingente”¹⁸² (o que é consentâneo com o ponto de

¹⁷⁹ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque [et all). Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial *cit.*, p. 159.

¹⁸⁰ SEGOVIA, Juan Fernando, *op. cit.*, pp. 77/78. Contudente a lição do autor: “*El obrar según la razón, entonces, es necesario para alcanzar el fin natural del hombre —la vida buena— y también lo es para lograr el fin sobrenatural —la vida bienaventurada—, porque la gracia no inhibe la naturaleza sino que la perfecciona. De modo que el hombre venido a bestia, animalizado, no alcanza su fin natural y se malogra para el sobrenatural. Lo mismo cabe decir del humano convertido en producto o manufactura tecnológica.*” (*Ibidem*, p. 53).

¹⁸¹ “...no parece que el núcleo central del transhumanismo, sean las mejoras per sé, sino que es aquella sustancia sobre la cual hacemos sobrevenir las modificaciones, es decir; la pregunta esencial es qué es eso que llamamos humano...” (VALENZUELA, Tomás Aróstica. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino cit.*, p. 44).

¹⁸² Já podemos expor: “Note-se: nas célebres ‘cinco vias’ de S. Tomás (S. T. I, q. 2), pelas quais o Aquinate expõe sua demonstração da existência (demonstração que se diz necessária – pois embora ‘evidente’ por si, não o é para nós - e realizada à luz da razão) de um Primeiro Motor Imóvel, de uma Causa Eficiente Primeira, de um Ser Necessário que é causa de todos os contingentes, de um Ser Perfeitíssimo e de uma Inteligência Universal Ordenadora (que se identifica ao que se entende por Deus), parte-se sempre de um dado da experiência que decorre da apreensão dos sentidos, de um ‘efeito’, enfim, de algo ‘contingente’ (o que é consentâneo com o ponto de partida do conhecimento propriamente humano, isto é, que abstrai a forma imaterial dos dados materiais apreendidos pelos sentidos). Trata-se, conforme recorda SILVEIRA, de prova dita ‘a posteriori’ (Cfr. Silveira, Sidney, *op. cit.*, pp. 183/206).” (SERPENTINO, Daniel. Relações entre “ser e “dever” e algumas consequências

partida do conhecimento propriamente humano, isto é, que abstrai a forma imaterial dos dados materiais apreendidos pelos sentidos¹⁸³) quanto a imaterialidade do próprio ato intelectual se conclui de suas operações¹⁸⁴. Já tivemos a oportunidade de - com base em autores da tradição em lume - reafirmar¹⁸⁵ que o hilemorfismo¹⁸⁶ de ARISTÓTELES encontra aplicação ao homem em S. TOMÁS e que, nessa concepção, todo ente humano é dotado de um composto unido – também no agir/fazer/operar - substancialmente: corpo/matéria – que é potência para ser movida - e alma¹⁸⁷ racional (forma) – que é princípio intrínseco racional de movimentação do corpo no ente humano e que determina sua essência (a forma dá o ser ao composto – *forma dat*

sobre a moral e o direito. 2021. Não publicado.). Veja-se, ainda, sobre a necessária imaterialidade da Causa Primeira: AQUINO, S. Tomás. S. T., I, q. 3. Cito, por fim: “Para além da forma, é divisado o ser, ESSE e não ENS. A argumentação pressupõe a teoria geral da substância, até aqui exposta, ainda que de forma concisa: tudo o que não é o seu *esse*, recebe-o: ora, o Ato Puro, pressuposto pela própria atualidade do possível, da matéria à forma desta isenta, por definição não é receptivo, porque isento de toda passividade; logo, é puro ESSE. Tal identidade é plenitude de ser, não indigência; não é ela carência da essência, mas o próprio ser supraessencial, supereminentemente compreensivo de toda a escala das perfeições da essência. Insusceptível de ser recebido, tal *esse* não pode ser o ser do mundo como totalidade nem multiplicar-se, pois o multiplicar-se exige a adição da diferença e a pureza do ato implica a absoluta simplicidade irreceptiva de um ato subsequente. *A fortiori*, exclui-se a matéria, pois esta importaria composição”. (SOUZA NETO, Francisco Benjamin de. O opúsculo *de ente et essentia*: uma breve introdução. In Aquino, Tomás. O ente e a essência. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Apresentação de Francisco Benjamin de Souza Neto. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 12).

¹⁸³ “[Sobre o] modo da apreensão imaterial dos entes pela inteligência humana, (...) registrem-se algumas de suas características. A primeira: ela é *por abstração*. Isto quer dizer que chegamos ao conhecimento da essência dos entes abstraíndo-lhes as quiddidades materiais. Diz o Aquinate: a essência das coisas materiais abstraída de suas notas individuantes (*quidditas rei materialis abstracta a notis individuantibus*) é o objeto próprio do conhecimento humano. Em suma, conhecemos o universal por meio do particular, o necessário por meio do contingente ou accidental, o imaterial por meio do material, o inteligível por meio do sensível. E aqui chegamos à segunda característica do humano modo de entender: ele é *por raciocínio*. Por isso, alcançamos verdade — que é certa adequação entre a inteligência e as coisas — não num *flash* intuitivo, mas aos poucos, raciocinando, elaborando premissas e delas extraindo corolários necessários. Por isto, com muita dificuldade a inteligência humana vai assimilando os conceitos das coisas, descobrindo-lhes as essências, ou, como se disse acima, a sua forma inteligível.” (V. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 498/499).

¹⁸⁴ Diz SILVEIRA: “... a essência de qualquer ente – e, *a fortiori*, do ente humano – é divisada pela operação de suas potências distintivas”. “No caso humano, a inteligência e vontade” (V. SILVEIRA, S., *op. cit.*, p. 69 e nota 125). E, ainda, S. TOMÁS: “A operação própria do homem, enquanto homem, é fazer ato de inteligência” (S. TOMÁS, *Metaph.* I, L.1, n.3). Confira-se, ainda, SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 489/491. Ainda: “...o axioma escolástico *operari sequitur esse* deve ser assim entendido: nos entes, o operar segue o ser *por intermédio da forma*. Ela é, como se pode depreender, o princípio próximo da operação, ao passo que o ser é um princípio universal que está virtualmente presente em todas as formas.” (Cf. SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 229/230).

¹⁸⁵ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

¹⁸⁶ “(...) todo ser material é um composto. Um composto de matéria e de forma, sendo a matéria puro princípio de indeterminação, de pluralidade e de dispersão, de corruptibilidade e de mudança, enquanto a forma é princípio de determinação, de atualização e de especificação. Mais um ser material se eleva na escala dos seres, mais sua ‘forma’ domina sua matéria (I, q. 76, a. 1).” (V. NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica, p. 46).

¹⁸⁷ Alma, para S. TOMÁS, é a forma substancial de um ser vivo: “O termo ‘alma’ significa antes de tudo a forma substancial de um ser vivo e, portanto, o princípio formal da vida. Ele equivale ao princípio vital. Todo ser vivo possui alma, seja um simples vegetal, seja, ainda mais, um animal. (...) E o homem é um animal que, ainda que permanecendo animal, é racional. Enquanto princípio do pensamento, a alma humana será denominada *mens*, a ‘mente’, o espírito. Para Santo Tomás, a forma, a mesma idênticamente, é o princípio animador de todo o ser corpóreo, vivo sensível, que é o homem, e o princípio de sua vida espiritual de pensamento e liberdade”. (V. NICOLAS, Marie-Joseph. Vocabulário da Suma Teológica..., pp.72/73).

esse).¹⁸⁸ Já pudemos também reverberar¹⁸⁹ as lições da filosofia clássica e tomista de que a natureza/essência da forma entitativa humana é imaterial, isto é, espiritual (constatação que, não se impondo a nós como uma evidência imediata, pode ser “divisada pela operação de suas potências distintivas”, inteligência e vontade¹⁹⁰, pois a forma, além de princípio de inteligibilidade, é princípio de operação), e de que, se “o operar segue o ser”, “o princípio de uma operação imaterial é, necessariamente, imaterial.”¹⁹¹

Precisa a lição de SILVEIRA:

“(…) [S]e a alma é a forma substancial *do corpo* — tese aristotélica acolhida por Santo Tomás —, como poderia realizar algumas operações *sem o corpo*? A resolução de Santo Tomás parte da premissa de que a inteligência humana é, antes de tudo, potência para os inteligíveis, ou seja, pode ela conhecer *todas* as naturezas. Ora, tal conhecimento não pode ser obstado pelos limites físicos da matéria, pois neste caso o único conhecimento possível seria o sensitivo, como ocorre com os animais irracionais, cujo máximo grau de abstração da matéria é a chamada potência *estimativa*, análoga à potência *cogitativa* nos homens. Portanto, o intelecto, *no ato de entender*, é imaterial, e ser imaterial aqui significa que não depende da matéria, seja em sua essência, seja em sua atividade. Na verdade, as operações do intelecto têm por objeto essências abstratas e universais e buscam enunciar relações necessárias, universais e intemporais, o que exclui a hipótese de serem realizadas por órgãos corporais — pois estes nos apresentam o contingente, o particular e o temporal.”¹⁹²

¹⁸⁸ A tradicional definição filosófica da essência do ser humano - animal (gênero) racional (diferença específica) – indica ser ele um composto constituído de um corpo material e de uma alma (princípio de animação) racional. Este princípio de animação - sua alma - é aquilo que se designa “forma substancial” do homem, o que dá a sua unidade e determina a sua essência.

¹⁸⁹ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

¹⁹⁰ “...por *apetite* entenda-se a inclinação natural da potência ao ato – ou a um conjunto de atos.” (SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 669/670). Pode ser: natural, sensitivo (concupiscível e irascível) e intelectivo (“que é o movimento da vontade na direção da forma de um bem”). São atos próprios da vontade o *elicito* (o querer) e o *imperatus* (moção de outras potências da alma para que executem aquilo que quer a vontade).

¹⁹¹ V. NICOLAS, *op. cit.*, p. 46. Ainda: SILVEIRA, S., *op. cit.*, p. 490. Também, VALENZUELA: “...*si el ser humano es capaz de extraer conceptos inmatrimales de las realidades que conoce por los sentidos es porque aquello que lo determina a ser lo que es, es también inmaterial. De tal modo, el motor del viviente humano, su alma, es inmaterial, aún cuando requiera de la materia para realizar su operación*”. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino cit.*, p. 48). Por fim, SANGUINETI: “...*la existencia de la infinita potencialidad de la inteligencia, con la consiguiente libertad, no es directamente afrontable con métodos científicos naturales, sean psicológicos o neurológicos. Conocemos nuestras capacidades cognitivas universales sólo gracias a la mirada intelectual metafísica dirigida a lo que somos y hacemos, es decir, empleando el método filosófico y no los métodos de las ciencias particulares*.”. (SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, p. 102).

¹⁹² SILVEIRA, S., *op. cit.*, p. 490. Veja-se, ainda, DERISI, O. N. *Verdad, historia y hermenéutica [en línea]. Sapientia. 1976, 31 (122). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14334>: “El acto de entender se presenta a la conciencia como una aprehensión intencional del objeto. En el acto del sujeto está presente, como distinto de él u otro, el ente conocido: el objectum. Esta realidad del conocimiento es única y diversa de todas las realidades materiales, que sólo pueden estar con otro en unión y formando con él una unidad de composición, pero nunca una unidad en que el ser distinto del propio esté presente en él, sin componerse o mezclarse con él, como otro o distinto de él, es decir, como objeto. De ahí que el conocimiento se presente como opuesto a la posesión o unión material y, por eso mismo, se constituya por la inmaterialidad. En el caso de la intelección, este acto es totalmente inmaterial o espiritual, por el modo perfectamente consciente con que se realiza en él la identidad intencional de sujeto y objeto, realmente distintos y en cuanto distintos. Por otra parte, la infinidad del objeto formal de la inteligencia, la capacidad de dar cabida en la interioridad de su acto al ser*

Também MASSINI CORREAS explica que a forma naturalmente presente no ente físico, e que determina sua matéria, pode vir a estar presente, de modo diverso, objetiva e imaterialmente, nos sujeitos com potência intelectual, é dizer, de um modo “intencional”.¹⁹³ E conclui:

*“... el conocimiento consiste en la aprehensión, por la potencia cognoscitiva, de las formas determinantes de los entes reales y que, por medio de esa aprehensión, el intelecto ‘se hace’, en modo intencional, la cosa misma conocida; más exactamente, su modo de ser, su ‘quididad’ o esencia. Y si ello es así, el origen del conocer está en la realidad y esta misma realidad es la que determina la ‘medida’, el contenido del conocimiento; consecuentemente, el saber será verdadero cuando el entendimiento se encuentre realmente medido por la cosa real, cuando la forma intencional coincida con la forma inmanente a la realidad objetiva.”*¹⁹⁴

SANGUINETI, com ARISTÓTELES e S. TOMÁS, reafirmará a “...trascendencia del espíritu humano respecto a las potencias o funciones corpóreas” refletida em “...una inmaterialidad absoluta de la inteligencia humana”.¹⁹⁵

Também o fará ECHAVARRÍA:

“O intelecto, ou razão, é para Santo Tomás a potência mediante a qual conhecemos a dimensão mais profunda da realidade, seu caráter de ente, e as diferenças essenciais que nela se encontram. Este conhecimento, no homem, é universal, e prescinde da matéria individual. Assim, ele chega a captar os aspectos absolutos e necessários da realidade.”¹⁹⁶

ECHAVARRÍA bem expõe como a potência intelectual marca uma fundamental diferença entre o ser humano e os outros animais e como, em cada homem, ela pode ou não se

en cuanto otro o distinto de él, pone de manifiesto la entera independencia de la intelección respecto a la materia, ya que cualquier dependencia de órgano material la limitaría a un modo determinado de conocer, a un objeto determinado formal, como acaece en los sentidos. El que un acto pueda dar acogida y presencia intencional como objeto distinto de él- a toda la realidad en cuanto ser, indica por sí sólo la independencia del mismo.”

¹⁹³ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento practico (Introducción a sus cuestiones fundamentales)*. In *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 149.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 152.

¹⁹⁵ SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, p. 98. Diz o autor: “Consideremos en primer lugar el punto relativo a la trascendencia absoluta de la inteligencia sobre el cuerpo. Tenemos la experiencia de realizar operaciones cognitivas que superan complemente las condiciones de los cuerpos: las operaciones intelectuales. Los animales, aunque capten relaciones no sensibles entre los cuerpos (relaciones de unidad, instrumentalidad, peligro, colaboración, significado), lo hacen siempre con relación a situaciones concretas de su vida y no en abstracto, es decir, no lo hacen de un modo generalizable a toda situación posible. El hombre, en cambio, comprende relaciones y contenidos, tanto sensibles como inmatriciales (objetos, relaciones, eventos, propiedades), de un modo completamente universal. El hombre no sólo entiende relaciones útiles en tantas cosas, sino que comprende la idea abstracta de utilidad o de relaciones medio-fín. La universalidad abstracta de los contenidos entendidos implica la independencia de cualquier situación material dada, y así está dotada de cierta infinitud, gracias a la cual es aplicable a infinitas situaciones en cualquier tiempo. Éste es el motivo por el que el hombre siempre es capaz de entender cualquier tipo de realidades, por encima de sus condiciones espaciales y temporales” (*Ibidem*, pp. 98/99).

¹⁹⁶ ECHAVARRÍA, Martín F. *A práxis da Psicologia e seus níveis epistemológicos segundo Santo Tomás de Aquino*. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, pp. 147/148.

aperfeiçoar pelas virtudes e – rejeitando perspectivas utilitaristas e imanentizadas – visar a um bem não reduzido ao útil ou prazeroso¹⁹⁷:

“(…) o animal está como que encerrado na ordem de suas necessidades vitais, e não percebe as coisas prescindindo de seu significado biológico imediato. O homem, em contrapartida, graças ao seu intelecto, é capaz de transcender o âmbito do imediato, e de contemplar a realidade em sua essência. Com isto, abre-se o caminho para as relações autenticamente humanas, e para a busca de um bem que supera a ordem do útil ou prazeroso, e põe-se de manifesto o destino transcendente da pessoa humana.”¹⁹⁸

É o intelecto, portanto, potência que permite o movimento de apreensão imaterial da forma dos entes¹⁹⁹. Na lição de DIP e CUNHA:

“Denomina-se inteligência (do latim *intus legere* = ler dentro) ou entendimento a faculdade ou potência de conhecer o universal, que ela apreende dos entes concretos, dos quais abstrai (= separa, põe de lado) o que nestes há de singular. Esse conceito manifesta a irrefragável vinculação da inteligência ao ser: não é possível, sequer é pensável, ato algum da inteligência que não tenha por objeto o ser”.²⁰⁰

SANGUINETI destacará a potência ontológica do intelecto humano,

“...capaz de reconocer el valor de realidad como realidad y así distingue entre lo real, lo irreal, la ficción, el pensamiento, lo verdadero, lo falso” [e] “... discernir entre la actualidad, la posibilidad, la necesidad, la imposibilidad, la esencialidad, la accidentalidad de todo lo que pensamos o conocemos”, [uma potência ontológica que] “...está en la raíz de lo que significa en profundidad ser inteligente. La inteligencia, en un sentido radical, es la capacidad de abrirse al ser, la capacidad de interrogar cualquier cosa en la perspectiva del ser”.²⁰¹

VALENZUELA, por sua vez, extrai consequências da antropologia de raízes tomistas para o conceito de pessoa e para a compreensão de sua dignidade:

¹⁹⁷ Veja-se, ainda, FERNS: “*El bien honesto de Cicerón y Séneca, deviene sólo bien útil (S. Mili) o deleitable (Hume, Freud).*” (FERNS, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica? Verbo. Verbo, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 83).*

¹⁹⁸ ECHAVARRÍA, Martín F. A práxis da Psicologia *cit.*, p. 151. Acrescenta o autor: “Isto é fundamental para a formação de um caráter são. A ignorância acerca do aspecto mais profundo da pessoa humana, que caracteriza as escolas que desconhecem a verdadeira natureza do intelecto, reduzindo-o à animalidade, terá, depois, consequências práticas negativas. Mas, por outro lado, é verdade que muitas vezes os homens não se elevam a esse nível, e vivem principalmente segundo o âmbito sensitivo.”

¹⁹⁹ V. NICOLAS, Marie-Joseph, *op. cit.*, p. 46. “É bastante conhecida a etimologia da palavra intelecto: *intus legere* [ler por dentro]. Ela indica que a inteligência é capaz de ir além da superfície das coisas, descortinar-lhes as essências, as causas, a finalidade. Em sentido próprio, a inteligência é potência para a apreensão (imaterial) da forma de todos os entes. É, na linguagem da gnosiologia aristotélico-tomista, potência para os inteligíveis. Neste contexto, não é ocioso salientar que as coisas são inteligíveis na exata medida em que têm ser, pois o não-ser é ininteligível — e a inteligibilidade tem raiz na forma dos entes. A forma é, pois, princípio de operação e também de inteligibilidade. Isto significa o seguinte: pela forma substancial os entes operam, e pela operação conhecemos as suas essências, embora jamais as esgotemos, dada a natureza débil da nossa inteligência...” (V. SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 497/499). Conforme recorda SILVEIRA, com S. TOMÁS, “o intelecto se faz inteligente mediante um inteligível em ato”, de maneira que a forma de um ente é, também, princípio de inteligibilidade, é dizer, “princípio por meio do qual o ser nos é inteligível.” (V. SILVEIRA, S., *op. cit.*, p. 233/234).

²⁰⁰ DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Ed. Millennium. Campinas: 2001, p. 276.

²⁰¹ SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, p. 99.

“...esta concepción es aquella que emanada de la progresión lógica que supone entender al humano como un ente compuesto de materia y forma, de un cuerpo y un alma, y el modo en él cual estas se articulan trae como consecuencia una determinada esencia, luego una naturaleza, a ello le sigue una persona y a esa una eminencia denominada dignidad. La noción tomasiana, gracias a estas categorías, responde eficazmente a la inquietud de desprotección del ser humano, estableciéndolo como entidad sustancialmente diversa a todas las cosas, un sujeto por excelencia que jamás puede ser considerado objeto.”²⁰²

Uma advertência, a esta altura, deve fazer-se com CASTELLANO²⁰³: a de que a noção ontológica de pessoa em S. TOMÁS (“*personalismo classico, quello - per intenderci - magistralmente racchiuso nella definizione di persona data da Severino Boezio*²⁰⁴”), não se compatibiliza com a do “personalismo contemporâneo”, o qual, por várias correntes doutrinárias (políticas, filosóficas, vitalísticas, relacionais etc.), “...riduce la persona a «evento», cioè a puro fenomeno. La persona non sarebbe sostanza, condizione dell'apparire, consistendo essa nello stesso e solo apparire”. Um personalismo que, nos dias de hoje, “...tende a fare della volontà della persona il fondamento del diritto e, pertanto, a ridurre questo a puro volontarismo e la stessa persona a formalismo della soggettività”, olvidando-se ser a pessoa “...signora dell'esistenza dei suoi atti, non della loro natura”.

Faz-se, assim, sumamente importante visitar-se a visão antropológica clássica para reafirmar a noção ontológica de pessoa, pois – e isto afirma SEGOVIA sobre as reflexões de CASTELLANO -,

“el personalismo [contemporâneo] continúa la simiente liberal, tanto en el sentido de que los derechos del personalismo remedan y agudizan las libertades negativas,

²⁰² VALENZUELA, Tomás Aróstica. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino* cit., p. 52.

²⁰³ CASTELLANO, D. *Il personalismo e la negazione della persona. Ponencia en el Congreso Internacional “¿Una Sociedad Despersonalizada? Propuestas Educativas”, de la Universitat Abat Oliba CEU (Barcelona, 13-15 de abril de 2010). Disponível em: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10986/3/Personalismo_Castellano_2010.pdf.* Faz-se especialmente oportuno citar, dada a temática ora em lume, a lição de CASTELLANO sobre a corrente teórica da “pessoa” como “projeto”: “Jean Paul Sartre, per esempio, sostenendo (assurdamente) che l'esistenza precede e determina l'essenza, stabilisce un primato della libertà (propriamente parlando della «libertà negativa») sull'essere; anzi fa della libertà la condizione dell'essere. Prima si agirebbe e, poi, si sarebbe. È un'affermazione aporetica, insostenibile sotto ogni profilo ma coerente rispetto, da una parte, alle premesse della dottrina marxista e, dall'altra, rispetto alle assunzioni della dottrina liberale. La persona come «progetto», infatti, è il prodotto del farsi (rivendicato come «diritto» dal liberalismo) e dell'essere fatto (tesi marxista che, come sosteneva l'idealismo, identifica la persona e, più in generale, l'essere, con la coscienza ma fa anche della coscienza il risultato di un «blocco storico» come sosteneva Gramsci, un autore italiano «sospeso» tra Marx e Croce). La persona si dissolve, così, in un divenire (individuale e collettivo ad un tempo) che non si sa né di chi sia né in che cosa consista. La persona sarebbe l'esplosione della libertà gnostica insofferente di ogni limite e, soprattutto, incompatibile con ogni essenza, anche con l'essenza che coincide con l'essere. Alla luce di questa teoria, pertanto, nemmeno Dio sarebbe libero: il presupposto sul quale si regge (se regge) la teoria della persona come «progetto» richiede, infatti, l'assoluto nihilismo che è una contraddizione in sé e per sé”.

²⁰⁴ Ainda CASTELLANO: “Severino Boezio ha definito la persona come ‘rationalis naturae individua substantia’. [S. Boezio, *De persona et duabus naturis*, in Migne, P. L., 64, c. 1345]. Trattasi di una definizione che è propriamente parlando il concetto della persona.” (Ibidem).

*cuanto en que, antropológicamente hablando, el individuo del liberalismo subsiste en la persona del personalismo. Como lo primero no es más que una consecuencia de lo segundo, la perspectiva antropológica es fundamental.*²⁰⁵

Disso decorre que a dignidade humana²⁰⁶ – se bem compreendida ontológica e eticamente²⁰⁷ - não se identifica com (nem se manifesta em) liberdade -ou em suposto direito subjetivo - de ilimitada e pura autodeterminação do querer da pessoa (o que suporia uma

²⁰⁵ SEGOVIA, J. F. *El personalismo, de la modernidad a la posmodernidad. Individualismo y reflexividad*. Verbo, núm. 463-464 (2008), 313-337, pp. 336/337.

²⁰⁶ “*La considerazione realistica (o classica) della dignità –essenzialmente distinta ed inconfondibile rispetto a quella razionalistico-attivista– può riferirsi, quindi, tanto a ciò che è essenziale, quanto a ciò che è accidentale. Essa compete tanto alla sostanza, quanto ad una qualità. Ovviamente in diversa maniera, secondo che si abbia riguardo a ciò che ciascuno è o a ciò che egli compie. Nel primo caso la dignità si riferisce all’essere, nel secondo caso ha riguardo all’agire. Nel primo essa si dà in ordine alla sua natura, nel secondo si compie in relazione ai suoi atti (ed ai suoi abiti). Nel primo, essa gli compete, per ciò che è comune a tutti coloro i quali partecipano della medesima essenza, ed in ragione di essa; nel secondo essa deriva da un determinato soggetto, che assume quelle qualità che sono come l’impronta della sua attività. Sotto il primo profilo essa è universale, in quanto sostanziale; sotto il secondo essa è particolare, in quanto morale. Nella prima accezione si configura la dignità ontologica. Nella seconda la dignità etica. Esse sono tra loro distinte ed inconfondibili*”. (V. TURCO, Giovanni. *Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti. Ontologia ed etica della dignità umana. Derecho Público Iberoamericano*. N° 7, pp. 13-59 [octubre 2015], pp. 36/37.).

²⁰⁷ “*Realisticamente intesa, la dignità umana può essere considerata come riflesso ed espressione della realtà, rispettivamente dell’essere, dell’agire e del compito. In tal senso, essa può essere designata –per analogia– come una sorta di ‘splendor humanitatis’, di ‘splendor actus’, e di ‘splendor officii’. In rapporto ad essa, i diritti –realisticamente considerati– non costituiscono pretese della volontà, a contenuto variabile ed indifferenti al fine. Ma trovano la loro sostanza nella determinazione del giusto. Hanno la giustizia (ovvero il ‘suum cuique tribuere’) come misura intrinseca. (...) In quanto derivante dalla natura umana, si può osservare che dalla dignità ontologica, per se stessa, derivano finalità e doveri naturali, quanto all’attuazione perfetta agatica dell’agire. Il loro adempimento sostanzia la dignità etica. Tali finalità danno luogo a diritti, non in astratto (o in un ipotetico stato di natura) ma nel tessuto di relazioni sociali, ove si configurano rapporti di alterità doverosa. Tali doveri traggono la loro direzione dalla adeguazione a beni, valutati tali assiologicamente e prudenzialmente. Donde il contenuto del bene sostanzia quello del dovere, e questo quello del diritto. Ed il diritto non si risolve in potere, ma esprime una proporzione di giustizia (non è pretesa cratica, ma dato diceologico). La desostanzializzazione (come l’agnosticismo) della dignità umana e la desostanzializzazione (come il nominalismo) dei diritti, evidenziano una innegabile correlazione. La fenomenizzazione della prima risulta correlativa alla fenomenizzazione dei secondi. Con la consapevolezza che il presupposto desostanzializzante (o agnostico), lungi dall’essere un fatto evidente, costituisce piuttosto un presupposto ipotetico-convenzionale (la cui generalizzazione non dà luogo ad alcuna autentica universalità). (...) Intesa ontologicamente, come fondata nell’essere, ed eticamente, in quanto determinata dal giusto, la dignità umana si staglia come dato pre-positivo. Sulla base dell’intelligenza della natura delle cose –dell’umano, per se stesso– e del giusto, in quanto tale. Rimosso il concetto di natura, la dignità stessa resta indiscernibile. Non è un prodotto convenzionale o procedurale. Non è il risultato né di un fenomeno psichico né di una condizione sociale. Nella sua accezione ontologica, essa può essere offesa, ma non cancellata. Di essa non si può essere privati. Si dà come la condizione stessa di qualsivoglia obbligo giuridico. In altri termini, secondo una incisiva espressione, essa emerge come “il motivo metafisico per cui gli esseri umani hanno diritti e doveri. Hanno dei diritti perché hanno dei doveri”. La sua consistenza ne attesta la sua trascendenza. In questa prospettiva la dignità ontologica regola la libertà, e non viceversa. La prima è un ‘prius’ rispetto alla seconda. La dignità etica deriva dall’esercizio della libertà, secondo le finalità che questa persegue. Né nell’uno, né nell’altro caso vi è identità tra dignità e libertà. D’altra parte, se la dignità ontologica presuppone il riconoscimento di una uguaglianza nella natura (umana), essa non è tuttavia identica all’uguaglianza geometrica. La dignità etica presuppone l’uguaglianza proporzionale della giustizia (che considera casi uguali in modo uguale, e casi disuguali in modo disuguale), non l’uguaglianza meccanica. Né nell’uno né nell’altro caso vi è identità tra dignità e uguaglianza. L’uguale dignità ontologica, non solo non esclude la diversa dignità etica, ma la fonda e la richiede, in considerazione della natura razionale e libera del soggetto umano. L’una non contrasta propriamente con l’altra (né propria né altrui)” (V. TURCO, Giovanni. *Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti. Ontologia ed etica della dignità umana. Derecho Público Iberoamericano*. N° 7, pp. 13-59 [octubre 2015], pp. 49 e ss.).*

equivocada concepção de “heterogênese dos fins” da natureza humana e uma autonomia absoluta da vontade, corolários de uma liberdade subjetiva tomada como critério supremo [ou, já liberta das “amarras” da verdade, sem qualquer critério outro que não a própria liberdade], é dizer, como a liberdade negativa do liberalismo referida por CASTELLANO), mas, de modo diverso, a dignidade ontológica²⁰⁸ regula a liberdade e pressupõe a autodeterminação como exercício responsável da liberdade na escolha dos meios próprios ao fim/bem da natureza racional da pessoa²⁰⁹ (pois o ser humano eleva-se ou degrada-se em sua dignidade ética em cada ato propriamente humano e livre que pratica) e necessária a uma ordem objetiva de justiça (moral e jurídica) cognoscível pela razão como critério de vinculante observância para as pessoas e sociedades.

O personalismo contemporâneo – ideológico - consiste na negação ou dissolução da pessoa humana tal como concebida pela tradição clássica-cristã, razão pela qual - afirma SEGOVIA -,

“La propuesta de Castellano de redescubrir la esencia de la persona en la filosofía clásica –particularmente en la de Santo Tomás de Aquino –, (...) para fundar los derechos del hombre en la persona, es «la epifanía de una exigencia», como bien dijera en otra oportunidad, esto es: advertir que el presupuesto para reconocer los derechos del hombre está en el previo reconocimiento de los deberes del hombre, ligados al acto de existir y a las opciones subjetivas de cada uno de nosotros.”²¹⁰

²⁰⁸ “A elevada dignidade ontológica do homem, para o pensamento cristão, vem bem definida pela síntese tomista, como ela se compendia no texto seguinte: “(...) quanto mais nobre é uma forma, tanto mais ela domina a matéria corporal e menos imersa está nela, e mais a sobrepuja por sua operação e sua faculdade. A alma humana é a mais nobre de todas as formas. Por isso, de tal modo excede seu poder ao da matéria corporal, que tem uma faculdade e uma operação na qual de nenhum modo participa a matéria corporal.” (DIP. Ricardo. Os direitos humanos e o direito natural. De como o homem *Imago Dei* se tornou *Imago Hominis*. Livraria Resistência Cultural Ed. – São Luís: 2022, p. 88).

²⁰⁹ “[L]’esercizio del libero arbitrio, pur se rimesso alla contingente opzione del soggetto storico, non è, in quanto libero, privo di regole oggettive; significa che esso non si sostanzia affatto in un potere inqualificato e inqualificabile di affermazione della libertà negativa: la natura razionale della persona, infatti, rappresentando il ‘proprium’ ontologico di essa, rappresenta anche e necessariamente la regola propria della di lei condotta, ‘id est’ la regola per il retto esercizio delle sue facoltà razionali, del suo arbitrio... libero. La persona che ha la capacità naturale, infatti, pur potendo operare, di fatto, qualsiasi opzione, per rispettare la regola propria della sua natura, per rispettare, cioè, la natura razionale sua propria e per comportarsi in conformità alla regola di questa, dovrà agire secondo ragione, ‘id est’ dovrà agire razionalmente, dovrà autodeterminare, insomma, una volontà razionale.” (V. DI MARCO, Rudi. *Sulla crisi dell’ordinamento giuridico e sulla “metamorfosi” della pretesa in diritto cit.*, p. 47).

²¹⁰ SEGOVIA, J. F. *El personalismo, de la modernidad a la posmodernidad cit.*, pp. 336/337. Neste artigo, diz Segovia: “Según el profesor Castellano, el personalismo es evidentemente una ideología contemporánea, pero sin embargo conectada lógica e ideológicamente al liberalismo, de modo que –en sede jurídico-política– puede en verdad sostenerse una continuidad entre la modernidad «fuerte» del liberalismo, que define a la persona como el producto del reconocimiento de sus derechos de libertad; y la modernidad «débil» de la racionalidad disminuida, e la que la persona es concebida como el propio proyecto. En todo caso, entre el ayer y el hoy, perdura la concepción de la persona que se identifica con la conciencia, su subjetividad jurídica formal, con el sujeto que tiene derecho a tener derechos, cuya precisión queda, en definitiva, remitida a la misma persona que los esgrime. Por eso el personalismo se presenta como «una forma radical del liberalismo», en el sentido de que refuerza el individualismo y, en esto, lo efectiviza y lo realiza plena y universalmente. (...) Nihilismo y totalitarismo son dos

Ineludível embora a natureza imaterial da potência intelectual e de seus atos, não se ignora que as ficções literárias e cinematográficas alimentam²¹¹ o que para alguns é o sonho de uma “inteligência artificial” em sentido “forte”²¹² (uma noção antropomórfica das máquinas e artefatos). Entretanto, conquanto haja quem sustente seja a impossibilidade atual de uma modalidade “forte” de “inteligência artificial” algo meramente contingente (superável teoricamente pelo avanço tecnológico)²¹³, até mesmo entre alguns filósofos analíticos e da linguagem – e desde uma perspectiva que, por seus postulados e princípios, ao cabo revela-se também materialista - há ceticismo a respeito de que a “inteligência artificial possa assumir um sentido forte”.²¹⁴

caras de la misma moneda acuñada por el liberalismo y mantenida en circulación por el personalismo.” (Ibidem, pp. 317/318).

²¹¹ Veja-se SANGUINETI: “*Los defensores de una visión funcionalista o materialista no son capaces de discernir adecuadamente entre la inteligencia personal y la artificial, entre la persona y el robot, entre la ética y la técnica. No disponen de una antropología con la que afrontar los problemas que hemos indicado. La ciencia-ficción podrá divertirnos con esos mundos donde los robots se rebelan, cometen estragos, son castigados, van a la cárcel, como si fueran agentes morales. Pero con una visión materialista, estas fantasías no sólo satisfacen nuestra curiosidad, sino que alimentan una confusión antropológica de fondo.*” (Ibidem, p. 339).

²¹² “Desde a divisão criada pelo filósofo John Searle em 1980, consagrou-se na doutrina em geral a classificação do uso da inteligência artificial em ‘fraca’ e ‘forte’. A inteligência artificial chamada de ‘fraca’, explica Searle, ‘nos dá ferramentas muito potentes’, isto é, ‘nos permite formular e testar hipóteses de forma mais rigorosa e precisa’, porém, ela depende da inserção de conhecimento fornecido pelo ser humano que a programa, sendo que a máquina não é capaz de produzir raciocínios próprios, autônomos. Já na chamada inteligência artificial ‘forte’, explica Searle, ‘o computador não é uma mera ferramenta no estudo da mente, ao contrário, o computador adequadamente preparado é realmente uma mente, no sentido de que os computadores que recebem os programas certos poderiam estar, literalmente, preparados para compreender e ter outros estados cognitivos’. A inteligência ‘forte’, portanto, seria aquela capaz de criar consciência, simulando raciocínios complexos e emitindo opiniões autônomas, independente da interferência constante do ser humano. A viabilidade da inteligência artificial ‘forte’, no entanto, foi objeto de acirrada crítica por parte de John Searle...” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal *cit.*, p. 1561).

²¹³ “De um modo geral, também é importante ter em mente a noção antropomórfica de que as máquinas computacionais são inteligentes e que seus projetistas conseguiram inserir uma mente dentro de seus mecanismos. Infelizmente, essa ideia ainda permeia muitas análises de justiça preditiva que emprestam a esses dispositivos capacidades imediatas ou futuras para a quase replicação da inteligência humana. Esse contexto, alimentado todos os dias por uma série de avanços revolucionários da IA, nos leva a abordar essas ferramentas com aspectos preditivos com uma certa dose, consciente ou não, de misticismo, por vezes afirmando que o que não é totalmente possível hoje será inevitavelmente possível amanhã. Os “fortes” IAs da literatura de ficção científica não existem.” (Carta Europeia *cit.*, pp. 37/38).

²¹⁴ “Coube a John Searle (1932-) elaborar a mais importante e bem formulada objeção ao TT [Teste de Turing]. O autor irá distinguir, corretamente, entre IA forte (*strong*) e IA fraca (*weak*), conforme as suas funções. A IA forte sugere a possibilidade de máquinas que performam competências próprias de um ser humano, ou seja, não apenas aparentam como possuem igualmente todas as competências humanas, inclusive a consciência. Searle apresenta duas proposições encadeadas: 1) a intencionalidade nos seres humanos (e animais) é produto das características causais do cérebro (*causal features of the brain*) e 2) instanciar um programa de computador não é por si só uma condição suficiente de intencionalidade (*intentionality*). A conclusão de Searle é a de que toda tentativa de criar intencionalidade artificialmente (*strong AI*) deve duplicar os poderes causais do cérebro humano e não simplesmente elaborar um programa computacional. Searle, partindo desses pressupostos, irá afirmar a sua tese sobre a *conexão entre consciência e intencionalidade: somente seres conscientes possuem intencionalidade e qualquer ato inconsciente intencional é no mínimo potencialmente consciente*. O desafio, expresso pelo autor, está no famoso e criativo argumento da *Sala Chinesa*. Toda tentativa de afirmar a possibilidade de um agente artificial autêntico precisa demonstrar que esses podem deter consciência e intencionalidade.” (SILVEIRA, Paulo Antônio

É o caso de SEARLE, para quem a “mente” seria uma característica evolutiva de alguns sistemas biológicos que ostentam sistemas nervosos complexos, radicando-se os estados mentais no cérebro e encontrando nele sua causa.²¹⁵ Uma visão materialista/naturalista-biológica e evolutiva que – apesar de igualmente insustentável filosoficamente, seja pelo que já se expôs parágrafos acima (sobre a estrutura da realidade - que não prescinde de uma causa primeira imaterial nem da realidade das formas substanciais -, sobre a natureza imaterial do intelecto e do ato intelectual etc.), seja por outras objeções, como a de que implicaria admitir a aporia de uma maior perfeição de um efeito em relação à sua causa (a mente, pois, nunca poderia ser propriamente “causada” pelo cérebro, embora deva-se admitir, no “composto”, certa relação de causalidade material/instrumental²¹⁶ para a atualização da potência intelectual) – acaba por também rejeitar a possibilidade de uma “inteligência artificial” em sentido “forte”, sendo conhecido o meio com o qual o autor buscou descaracterizar possa haver identificação entre “programas” e “mente”/“intelecto”: o experimento mental do quarto chinês.²¹⁷ Pelo experimento, SEARLE argumenta no sentido de que – em respostas a um interrogador - o fato de uma máquina eventualmente tornar-se indistinguível de um humano (o que a faria passar no “Teste de TURING”²¹⁸) não implica se possa reconhecer tenha ela uma “mente” ou que possa de fato “pensar”. É dizer, em linhas gerais: apesar da alta potencialidade de manipulação formal dos símbolos por *softwares*, não haveria compreensão pela máquina quanto ao que significam, uma vez que são formais/sintáticos e não seriam suficientes à reprodução da mente, que possui

Caliendo Velloso da Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais *cit.*, pp. 180/181).

²¹⁵ Para um panorama da visão de SEARLE, confira-se: CARDOSO, Matêus Ramos. A Concepção de Mente em John Searl. *Complexitas - Rev. Fil. Tem.*, Belém, v. 1, n. 2, p. 38-82, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/complexitas/article/view/3753>>.

²¹⁶ Diz SANGUINETI: “*En síntesis: el sistema nervioso, órgano del sistema intencional de la vida sensitiva, al pasar a la función intelectual actúa a título de causa material, dispositiva e instrumental: 1) para permitir la comparecencia del acto intelectual y volitivo; 2) para recibir, en su propio nivel, el influjo y la guía continua de los contenidos superiores (con la creación de mecanismos de feedback). El papel del cerebro en el pensamiento, por tanto, es necesario, intrínseco, esencial, precisamente porque se trata de un “cerebro elevado” por las funciones intencionales. Su intervención, con todo, es parcial, es más, es desproporcionada, si tenemos en cuenta el infinito exceso del pensamiento respecto a cualquier estructura física y a toda experiencia sensitiva. (...) Se puede concluir, sencillamente, que no existe una causa física del acto intelectual y volitivo. (...) Los filósofos, los lógicos, los científicos, han logrado una idea amplia y precisa del funcionamiento de nuestra inteligencia sin necesidad de saber neurología. Sus indicaciones, si son verdaderas, son siempre válidas. Este hecho sirve como indicador del carácter instrumental y dispositivo del cerebro en la génesis de nuestros pensamientos. La experiencia, por alta que sea, no causa, sino que sólo dispone para la aparición de nuevos pensamientos (especialmente cuando son creativos).*” (SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 117/118).

²¹⁷ V. SEARLE, J. R.. Mentas, cérebros e programas. Tradução: Cléa Regina de Oliveira Ribeiro. REVISTA REFLEXÕES, FORTALEZA-CE - Ano 10, Nº 18 – Janeiro a Junho de 2021 ISSN 2238-6408, pp. 280-303. Disponível em: https://revistareflexoes.com.br/wp-content/uploads/2021/03/19.2-Tradu%C3%A7%C3%A3o-NB-Tradu%C3%A7%C3%A3o-MCP_Publica%C3%A7%C3%A3o.pdf.

²¹⁸ Para o texto de Alan TURING: TURING, A. *Computing Machinery and Intelligence. Mind*, v. 59, n. 236, October 1950. DOI: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Para uma tradução do texto de TURING, confira-se: <https://turingtextos.blogspot.com/2017/02/computadores-e-inteligencia-alan.html>.

capacidade semântica e – no sentido dado por SEARLE – “intencionalidade”²¹⁹ (para o autor, um fenômeno biológico que um “programa”, apenas por si, não é suficiente para produzir).

Como se vê – embora por fundamentos filosoficamente equivocados e insustentáveis em seus princípios²²⁰ - SEARLE também acaba por argumentar contra a possibilidade de uma “inteligência artificial forte”. Para os fins da presente investigação, importa destacar – e isto também aponta GUIMARÃES²²¹ citando SEARLE e seu ceticismo quanto a um sentido de “inteligência artificial forte” – que a expressão “inteligência artificial” tem sido tomada, nos modelos preditivos, em seu sentido “fraco”²²². Este sentido “fraco” é, com efeito, o destacado pela “Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente”, que a apresenta como “um conjunto de ciências e técnicas (matemática, estatística

²¹⁹ Eis o sentido dado pelo autor: “Intencionalidade é por definição aquela característica de determinados estados mentais pelos quais eles são direcionados para, ou acerca de objetos e estados de coisas no mundo. Neste caso, crenças, desejos e intenções são estados intencionais; formas não direcionadas de ansiedade e de depressão não são. Para uma discussão adicional ver Searle (1979)”. (V. SEARLE, J. R.. *Mentes, cérebros e programas cit.*, p. 286, nota 3).

²²⁰ “*Al igual que en el planteamiento generalizado de la filosofía de la mente, falta en Searle una verdadera dimensión metafísica y antropológica de los problemas. Sin esto, afirmar que la conciencia existe se mantiene a un nivel biológico y, en cierto modo, se banaliza*”. (Cfr. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 43/44).

²²¹ “É certo que há visão contrária ao pensamento de Searle, sendo a mais incisiva aquela de Daniel Dennett. De outro lado, também é certo que em decorrência do ainda não completo desenvolvimento da inteligência artificial ‘forte’, havendo até mesmo, a partir da crítica de Searle, tanto algum ceticismo em relação à sua potencialidade de efetivação plena, quanto certo conservadorismo fundado no receio de ser ridicularizado e na preocupação em manter a ‘respeitabilidade’ científica, a concentração da análise neste artigo focará na utilização da chamada inteligência artificial ‘fraca’ no processo penal. Esse enfoque também se justifica na medida em que a inteligência artificial ‘fraca’ é justamente aquela que vem sendo usada para estabelecer predições de decisões nos processos e ainda é muito cedo para imaginar programas de inteligência artificial que possam ir além, no sentido ‘forte’ acima referido.” (GUIMARÃES, Rodrigo R. C. *A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal cit.*, pp.1563/1564).

²²² GUIMARÃES afirmará: “...por uma limitação própria das máquinas que ainda estão centradas no modelo da inteligência artificial ‘fraca’, isto é, ainda não possuem ‘consciência’, sua estruturação se organiza a partir do paradigma da filosofia clássica aristotélica de busca de uma verdade por correspondência.”. (*Ibidem*, pp. 1567/1568). Ainda o autor: “...o silogismo aristotélico pode ser lido em quatro vertentes (silogismo científico, dialético, poético e retórico). De todas essas possibilidades, no entanto, apenas a primeira, denominada pelo próprio Aristóteles de ‘silogismo científico’, serve para a inteligência artificial ‘fraca’, pois utiliza a dedução, a argumentação lógica e, no campo da inteligência artificial, pode ser vista como a análise de algoritmos realizada por ‘softwares’. Esse silogismo científico trabalha com alto grau de previsibilidade, permitindo saber, dada uma determinada configuração algorítmica, qual resultado será alcançado. Na análise das decisões de juízes, orientada pela construção preditiva, após as reunir em grupo e as catalogar conforme seu teor, a inteligência artificial visa deduzir qual será o futuro entendimento de um juiz ou tribunal em relação a determinada situação. Se essa é a pretensão, e se o uso de silogismos científicos está na base na construção algorítmica, é certo que há uma limitação aqui, até porque a inteligência artificial, mesmo com os dados disponíveis, não poderá chegar sozinha a um entendimento próprio sobre a mesma situação, pois ela ainda não é capaz de produzir uma opinião original. Entra em cena, então, na construção do sistema analítico da máquina, a relação entre dois atores fundamentais: o engenheiro do conhecimento e o perito.” (*Ibidem*, p. 1569/1570).

e ciência da computação) capaz de processar dados para projetar tarefas de processamento de computador muito complexas”.²²³

Embora técnicas de “Inteligência Artificial” (“fraca”) busquem simular/emular certas operações (ou partes de operações²²⁴) do intelecto, não “leem por dentro” o *ser* (não podem apreender sua verdade lógica e ontológica e não têm consciência psicológica ou moral), atuando como “extensão” dos seres humanos, como o fazem instrumentos e máquinas em geral. São e sempre serão meios técnicos e instrumentos, sendo impossível sua existência em sentido “forte”.

Tem-se, de conseguinte, que apesar do recorrente uso da expressão “inteligência artificial”, é mister considerar sua impropriedade²²⁵: o intelecto é, na verdade, potência para a

²²³ “Os sistemas de aprendizado de máquina atualmente em desenvolvimento são descritos como IAs “fracos” e são capazes de extrair padrões complexos e aprender com grandes volumes de dados de forma eficiente e muitas vezes com altos níveis de precisão preditiva. Para superar quaisquer considerações instintivas ou fantasiosas, essas tecnologias de processamento e análise de informações devem ser entendidas com base nos três conceitos seguintes: - IA não é um objeto único e homogêneo: é na verdade um conjunto de ciências e técnicas (matemática, estatística e ciência da computação) capaz de processar dados para projetar tarefas de processamento de computador muito complexas; - O motor da IA não produz inteligência em si, mas funciona através de abordagem indutiva: a ideia é associar, de forma quase automatizada, um conjunto de observações (entradas) com um conjunto de resultados possíveis (saídas) usando várias propriedades pré-configuradas. Especificamente para a justiça preditiva, o motor constrói ligações entre os diferentes grupos lexicais que compõem decisões judiciais. Esses grupos são correlacionados entre aqueles identificados no estágio de entrada (fatos e raciocínio) e aqueles no estágio de saída (o dispositivo da decisão) e, em seguida, classificados. - A confiabilidade do modelo (ou função) construído depende fortemente da qualidade dos dados utilizados e a escolha da técnica de aprendizado de máquina”. (Carta Europeia *cit.*, pp. 37/38).

²²⁴ “*Los ordenadores son instrumentos con los que se ha llegado a automatizar las transformaciones de la información mediante un lenguaje, es decir, de una manera abstracta y separada de los contextos de la vida donde tal información es operante. Esa separación es operada también personalmente -de un modo modesto- por nuestro pensamiento lógico-formal traducido al lenguaje. Obramos así cuando transformamos una secuencia de símbolos siguiendo una regla, incluso aprendida de memoria, por ejemplo, cuando multiplicamos o dividimos números siguiendo procedimientos prefijados o, más en general, cuando efectuamos cálculos matemáticos o hacemos deducciones lógicas formales (puramente sintácticas). Con los ordenadores hemos aprendido a hacer todo esto mecánicamente “fuera de nuestra cabeza”, como ya lo habían intuido los primeros soñadores de las máquinas calculadoras (Raimundo Lulio, Pascal, Leibniz). El pasaje sintáctico efectuado entre símbolos o series de símbolos se llama cálculo o cómputo (de ahí el nombre de computadora, que significa “calculadora”). De este modo pasamos, por ejemplo, de la expresión a a la expresión b, según una regla c. La regla o instrucción podría ser: “si a, entonces b”. De aquí nace el algoritmo, procedimiento que permite resolver un problema o desempeñar una tarea en base a un número finito de instrucciones claras y unívocas, cumpliendo un número finito de pasos. Tradicionalmente esta operación era realizada en el ámbito de la matemática o de la lógica formal, pero puede extenderse a otros campos, aunque es siempre un cálculo (una forma de inferencia). La computadora electrónica expresa los elementos del cálculo en un código adecuado para la máquina, constituido por un alfabeto cuyos elementos, 1 y 0, corresponden a las posiciones on y off (encendido, apagado) de un conmutador electrónico. De aquí resulta el bit -cifra binaria: binary digit-, o unidad mínima de información del ordenador. De esta manera, el cómputo resulta automático, excluyéndose la comprensión eidética, como cuando hacemos una multiplicación sin “ver” por qué sale cierto resultado. El resultado se obtiene gracias a un regla seguida de modo ciego y mecánico. Todas las operaciones de las computadoras son de este tipo, es decir, son simplemente computaciones algorítmicas.*” (V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 324 e ss.).

²²⁵ CASTELLANO adverte sobre a equivocidade: “...se habla, p. ej., de «inteligencia artificial», que no es propiamente tal, porque no «lee» dentro de las «cosas», no intuye, sino que simplemente opera.” (CASTELLANO, D. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados cit.*, p. 179)

apreensão dos universais, operação que, supondo a imaterialidade, não poderia por nenhuma máquina ser realizada em toda a sua extensão.

Se é correto dizer que a “inteligência artificial” e os sistemas de informação computacionais auxiliam nossa “razão calculadora” (um auxílio que em muito supera nossa capacidade natural de cálculo), isso não implica concluir possam realizar operações cognitivas. O que fazem é simular certas operações. SANGUINETI explicitará semelhante conclusão:

“...podemos concluir que los procesos computacionales efectuados por los SI [sistemas ‘inteligentes’] no son operaciones cognitivas, aunque de modo metafórico podamos nombrarlos con verbos cognitivos, es más, tenemos que hacerlo así para poder usar fácilmente estos sistemas. Así como un libro ‘me alerta’, ‘me recomienda’, ‘me aconseja’, lo mismo puede decirse del elaborador informático cuando ‘calcula’, ‘traduce’, ‘decide’, ‘ordena’. Las funciones computacionales, con sus ‘representaciones’, ‘memoria de trabajo’, ‘memoria declarativa’, ‘comandos’ (notemos la terminología psicológica), son ‘sintácticas’ y ‘semánticas’ respecto a la mente humana que sabe interpretar los contenidos cognitivos simbólicamente incorporados en los ordenadores. Las operaciones informáticas, como han hecho ver acertadamente algunos autores, simulan estados o actos cognitivos. La simulación es la apariencia de una realidad. Los sistemas tecnológicos inteligentes simulan, en efecto, los actos de pensar, reflexionar, razonar, elegir, es decir, simulan actos cognitivos (también emotivos) interiores, o bien simulan su expresión externa o “conductual” (como sucede en los robots).”²²⁶

A máquina, portanto, nunca poderá “pensar” no sentido estrito do termo. A “quididade”, recorde-se, apreende-se como universal, pelo intelecto, como verdade, e atrai a vontade (que, em sua exata concepção, é potência apetitiva racional) à razão de bem (e justamente por isso tem razão de fim do movimento – um fim que é primeiro na intenção e último na ação). Essa apreensão da “quididade” dos entes, que se inicia nas potências sensitivas e passa às intelectivas²²⁷, embora se origine – dado o modo propriamente humano de conhecer - nos aspectos sensíveis do *ser*, é deles abstraída até a apreensão da forma, do conceito (intencionalidade no sentido aristotélico e tomista²²⁸).

²²⁶ V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 326/327.

²²⁷ “Nesse contexto, assume particular importância - aduz LAMAS - a noção de experiência, que não se reduz ao meramente sensível ou a algo de tipo idealista (como se dá com algumas filosofias da modernidade), mas é o primeiro contato intencional (no sentido escolástico) do homem com a realidade, o que implica a adoção do realismo como método e põe de manifesto a continuidade das funções perceptivas e cognoscitivas. A tradição aristotélico-tomista, com efeito, coloca-se como uma reflexão racional sobre a experiência humana que parte dos dados apreensíveis pelos sentidos, mas a eles não se reduz, pois supõe a imaterialidade como parte da própria natureza e imprescindível à função intelectual.” (Cfr. “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado).

²²⁸ “Em S. TOMÁS, ‘coisa’ distingue a essência do que, sendo ente (existindo), participa no ser. O ‘verdadeiro’, por sua vez, é o ser (ou ente) enquanto apreendido pelo intelecto. A ‘verdade’, segundo essa tradição filosófica, é a relação de adequação/conformidade entre a inteligência, no ato de conhecimento, com a coisa. Diz GARDEIL que a distinção entre o ente cognoscente (racional) e o não-cognoscente está em que o primeiro é capaz de possuir, além de sua própria forma, a de outros, conservando ambas sem a constituição de um terceiro termo e com a permanência de conhecedor e conhecido em planos ontologicamente distintos (uma união dita objetiva ou

É possível, portanto, desde uma visão íntegra da estrutura do real em sua ordem (da notícia de todas as coisas a que se refere GOYTISOLO²²⁹) e da natureza humana, saber com clareza que máquinas nunca terão potência para os universais (pois é algo que está além de sua forma substancial que lhes limita o *ser* e o *operar*)²³⁰. Em sentido próprio, nunca terão consciência (seja a consciência psicológica [conhecimento de sua própria existência e de seus atos], seja a consciência moral [juízo da razão prática relativo a um ato humano pessoal])²³¹ e nunca poderão ser inteligentes e livres: logo, nunca poderão ser agentes morais²³².

intencional). JEAN-DOMINIQUE aponta que ‘há conhecimento na medida em que o conhecido está no conhecedor’, de modo tal que, diz SILVEIRA, ‘conhecer é tomar, captar algo do real, possui-lo em si de certa maneira’, é dizer, ‘em resumo, o conhecimento é um ato pelo qual a inteligência toma o objeto que conhece, tornando-o presente nela de certa maneira’, uma ‘presença que não poderia ser física (...) senão espiritual’, no sentido de imaterial, sem o que não poderia haver intelectão, conforme esta tradição filosófica. A verdade é, pois, ‘o objeto – no caso, formal terminativo – dos movimentos da inteligência’, e a *forma entis*, além de princípio de operação (como adiante se examinará), é princípio de inteligibilidade.” (Cfr. “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado).

²²⁹ “*Es pues, preciso conocer la natura rerum. La naturaleza de las cosas —cosas en plural, que incluye su conjunto con el orden ínsito en ellas—, al que MICHEL VILLEY dedicó una comunicación en el Coloquio de Philosophie du droit comparée de 1964, en la Universidad de Toulouse. En esa comunicación, distinguí claramente su significado clásico y el que denominó moderno, reducido a las cosas materiales, constituyentes de la res extensa tan escindida de la res cogitans cómo ésta de aquélla. La naturaleza de los clásicos engloba e integra todo lo que existe en nuestro mundo. No sólo las cosas físicas, los objetos materiales, sino también el hombre en su integridad, cuerpo y alma, y las instituciones sociales. Es decir, cuanto integra el universo social, en su unidad y su diversidad, en lo que permanece y lo que cambia en su movilidad; sus relaciones, no solo de causalidad eficiente, sino también formales y finales, con sus esencias y valores. Y aunque —según explica VILLEY— no podemos pretender un perfecto conocimiento de nuestros fines naturales, sí somos capaces de discernir, por lo menos, aquellos que menos nos desvían de la naturaleza y conducen a resultados más conformes a las finalidades naturales. Con ello —dice— las cosas resultan ricas en justicia, cargadas de contenido normativo, ‘contienen un derecho’*”. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *El orden universal y su reflejo en el derecho*. Verbo, núm. 449-450 (2006), 695-714, *Fundación Speiro*, pp. 711/712).

²³⁰ Por isso, conforme assevera SANGUINETI, “[l]as imitaciones informáticas de los vivientes (vida artificial) no son una verdadera vida”, “Los ordenadores no sienten”, “Los sistemas inteligentes y los robots no son personas humanas y no tienen un ‘yo’” (V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 328/329). Especifica o autor: “La persona, la libertad, el pensamiento, la autoconciencia, se captan en el nivel metafísico, propio de cualquier persona en su contemplación ordinaria del ser trascendente. En cambio, comprendemos a los robots o a los ‘agentes tecnológicos inteligentes’, desde el punto de vista técnico, en cuanto sabemos cómo los hemos hecho. Los comprendemos, en efecto, como máquinas capaces de manipular información y de ejecutar un consiguiente trabajo. Incluso en el caso de ciencia-ficción de robots que consiguieran hacerse autónomos respecto al control humano y pudieran replicarse, mejorarse a sí mismos y auto-sustentarse, encontrando los medios energéticos de auto-alimentación, nada cambiaría. Una máquina sobre la cual el hombre ha perdido el control es siempre una máquina” (*Ibidem*, p. 330).

²³¹ V., sobre essas acepções de “consciência”: DIP. Ricardo. *Da ética geral à ética profissional dos registradores prediais*. 4ª edição [eletrônica]. Quinta Editorial: 2008, p. 28.

²³² Há teses, entretanto, que ignorando a natureza das coisas e de cada coisa, advogam a possibilidade filosófica da existência de autênticos Agentes Morais Artificiais. Confira-se, a propósito: SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais* - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Diz o autor: “É possível refutar algumas das principais objeções apresentadas por Turing contra o argumento de que as máquinas podem pensar, mais propriamente: a objeção da consciência, das imperfeições, da intencionalidade, da limitação algorítmica (Argumento de Ada Lovelace), biológica e teológica. As máquinas podem adquirir, teoricamente, consciência e intencionalidade. Suas imperfeições não se constituem em uma limitação absoluta nem mesmo os limites biológicos se colocam como barreiras definitivas. A presente tese parte da afirmativa da possibilidade de superação do Teste de Turing, da Sala Chinesa e do Teste de Ada Lovelace, sendo possível a emergência de um autêntico agente artificial moral, com deliberações intencionais em perspectiva de primeira pessoa. Parte-se da aceitação da possibilidade de um código computacional capaz de

SANGUINETI assim expõe:

*“La información ofrecida por los agentes inteligentes, robóticos o no, no es más que una serie de datos, implicaciones, resultados o comandos, y la ejecución práctica que de ahí puede salir es sólo una praxis técnica. Las “decisiones” robóticas, por muy útiles que puedan sernos, no son más que consecuencias algorítmicas, aun en los casos sofisticados de SI donde se dé un espacio para lo aleatorio y, por tanto, para cierta indeterminación. En definitiva, los agentes inteligentes informáticos son entidades técnicas. Sus problemas meramente técnicos se refieren a la eficiencia de sus prestaciones (...). Realmente no tiene mucho sentido comparar las prestaciones inteligentes de las personas con los SI [‘sistemas inteligentes’], porque no están situados en el mismo plano ontológico. En el campo computacional, un sistema inteligente puede superar ampliamente a la persona más inteligente del mundo, mientras una persona con una modesta inteligencia y escasa cultura sobrepasa infinitamente a cualquier SI, en cuanto tiene libertad, conciencia, responsabilidad moral y capacidad de contemplar la realidad” (...) El campo propio de la inteligencia informática (...) es instrumental, lógico, cuantitativo, organizativo y deductivo. Sólo en este ámbito las máquinas informáticas constituyen una ayuda a la inteligencia personal (en algunos casos, una ayuda poderosísima e imprescindible). De los aparatos informáticos podemos esperarnos instrucciones útiles para viajar a otros planetas o para sintetizar fármacos, pero nunca recibiremos de ellos respuestas metafísicas, morales o religiosas”.*²³³

GALVÃO DE SOUSA também destacou a realidade de que “[a]s máquinas de pensar, ainda as mais perfeitas, não suscitam problemas nem dão informações que não sejam resultados de dados anteriores”; que “impropriamente dizemos que são máquinas de pensar”, pois o “pensamento é privilégio das criaturas inteligentes”²³⁴; e que

“O homem, diante de um computador concebido pelo seu espírito e construído por suas mãos, não abdica daquilo que o computador não tem: a inteligência. E o homem de governo ou de administração [acresço: também os juristas juízes, advogados, membros do Ministério Público, os notários, registradores etc.], o que quer do computador é receber os dados, as informações, até mesmo a indicação das possibilidades oferecidas a respeito dos problemas administrativos, econômicos e sociais. Depois, cabe-lhe proceder à interpretação deste material e tirar a conclusão. E nem sempre é fácil conciliar os resultados e as informações computadas pela máquina com os aspectos menos lógicos da sociedade e extra-lógicos da natureza

dar origem à emergência. (...) Uma máquina, para pleitear o posto de agente artificial deveria ser racional, possuir uma existência incommunicável (*incommunicabilis existentia*) e liberdade. Ou seja, deve agente artificial possuir experiência singular, em primeira pessoa e dotada de liberdade. A moderna teoria computacional, apesar de não vislumbrar em um horizonte próximo tal possibilidade, não afirma existir uma impossibilidade, técnica ou abstrata, *ab initio* para o surgimento de um agente artificial autêntico. Um sujeito artificial poderá ser um sujeito moral, dado que dotado de liberdade, racionalidade e autorregulado. Poderá elencar fins para conduzir a sua ação. Não se trata apenas de uma máquina possuidora de um algoritmo moral implementado originariamente de modo externo. Ele poderá possuir as características decorrentes da liberdade. (...) Admite-se a tese de que há similaridade entre a moralidade humana e a artificial, de tal modo que há teoricamente a possibilidade de condutas morais comparáveis, entre humanos e agentes artificiais em situações relevantes. (...) Pode-se afirmar que o desenvolvimento da modelagem matemática, da compreensão neuromatemática do cérebro, dos avanços em instrumentos de análise por imagem demonstram a possibilidade de que os modelos computacionais de consciência podem ser suficientes para se compreender o mecanismo da consciência. Os estudos de Chalmers servirão para defender que a tese de que a ‘explanação computacional’ (*computational explanation*) nos permite uma linguagem adequada (*perfect language*) para a compreensão da organização causal dos processos cognitivos. Por sua vez, a tese da ‘suficiência computacional’ (*computational sufficiency*) se sustenta, dado que todas as implementações computacionais conseguem replicar adequadamente a estrutura da mente.” (*Ibidem*, pp. 181/185)

²³³ V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, pp. 330/332.

²³⁴ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 98.

humana. (...) Como interpreta o homem, com justeza prática, os dados de um computador? Como pode conciliar o logicismo da cibernética com os imponderáveis da vida? Como deve decidir?” E remata o jurista: “Aí entra a virtude aperfeiçoadora do intelecto prático, a prudência, em cujo exercício Platão e Aristóteles apontavam a sabedoria dos homens de governo”.²³⁵

Atingido o ponto e para os fins desta tese, é preciso distinguir prudência de técnica.

Todo saber – especulativo ou prático – encontra seu fundamento no *ser*. Quanto ao universo dos saberes práticos e, especificadamente, dos jurídicos, similarmente ao reproduzido por DIP em diversos escritos²³⁶, os saberes racionais do direito podem ser assim apontados: o comum (“percepção da evidência dos primeiros princípios da razão prática”), o artístico (técnico e estético), o prudencial (que desvela a coisa justa e determina a conduta social devida na concretude dos casos), o científico (que sistematiza questões singulares a partir de fundamentos universais) e o filosófico (que unifica os saberes jurídicos em vista da totalidade do real e de seus fundamentos universais, seus primeiros princípios ou causas).

Ainda com DIP²³⁷, esses saberes práticos são o normativo (“prescritivo da ação moralmente devida”) e o de *agere* – “atividade imanente, tem por matéria operável um *opus morale* (...) cujo objeto é o ato humano em sim próprio, é o uso da liberdade”, práxis em que se situam “ética e direito” – e distinguem-se dos saberes de *facere* (nos quais a operação se dirige à modificação de um ente externo [práxis produtiva]) e que podem ser: o utilitário (poiético/técnico [manejo ou manufatura do ente]) e o artístico (voltado ao belo).

Recorda-se – com GALVÃO DE SOUSA²³⁸ - a antiga distinção entre prudência e técnica: aquela é a reta razão do agir concreto (*recta ratio agibilium*), virtude cardeal diretiva da ação imanente do homem; esta, a reta razão do fazer (*recta ratio factibilium*), dizendo respeito às ações transitivas, é dizer, às operações do homem no manejo das coisas exteriores.

As criações artificiais/técnicas/poiéticas substanciam instrumentos empregáveis em ações (desde artefatos voltados ao útil e/ou ao belo até aqueles que visam a um fim cognitivo)

²³⁵ *Ibidem*, pp. 141/143.

²³⁶ Veja-se: DIP, Ricardo. Propedêutica Jurídica: uma perspectiva jusnaturalista. Ed. Millennium. Campinas: 200, pp. 16 e ss.. Ainda: DIP, Ricardo. Do quarto de hora brasileiro do saber notarial e registral. In *Alienação Fiduciária de bem imóvel: 20 anos da Lei 9.514/1997: aspectos polêmicos*. Mauro Antônio Rocha, Marcus Vinicius Kikunaga (coord.). – São Paulo: Editorial Lepanto, 2018, pp. 11/17. Cito: “[o]s saberes racionais do direito podem ser de (i) arte *stricto sensu* ou *techné* (...), de (ii) prudência –ou arte *latiore sensu* (assim, Celso dizia ser o direito a *ars boni et æqui*) (...); de (iii) ciência –*scl.*, de *ciência média*, em que nos valem os fundamentos universais para disputar questões particulares; de (iv) sabedoria jurídica, em que resolvemos questões universais por fundamentos universais.”

²³⁷ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 85/86.

²³⁸ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 143.

a serem empregados/usados para um determinado fim. Alguns dos diversos fins de aplicação do instrumento da “máquina informática” são apontados por SANGUINETI:

*“La máquina informática es capaz de desempeñar tareas como reconocimientos de configuraciones sensitivas, producción de imágenes, ciertas generalizaciones e inducciones, traducción de textos, solución de problemas, demostración de teoremas, práctica de juegos como el ajedrez, elaboración de algunas obras ‘artísticas’ (cuentos, música, figuras estéticas), guía en tareas profesionales científicas o técnicas altamente sofisticadas (ingeniería, astronáutica, medicina), hasta llegar a la simulación virtual de soluciones contrafácticas, con fines heurísticos”, [o que indica] “... la posibilidad de tecnificar muchos aspectos de los procesos intelectuales, con resultados objetivos ciertamente impresionantes”.*²³⁹

Mas as técnicas de “inteligência artificial”, sendo instrumentos e conforme aponta SANGUINETI, se

*“...podrán superar al hombre desde el punto de vista técnico, no pueden aportar sabiduría ni prudencia. Estas dos virtudes pertenecen a la persona y no nacen del pensamiento ‘mecanizado’. La sabiduría y la prudencia se refieren sobre todo al conocimiento fundamental y personalizado que cada uno puede tener de sí mismo, de otras personas y de ambientes humanos. Estas virtudes se aplican especialmente a cuestiones morales, educativas, familiares, sociales, políticas, y también al resto de las temáticas, en la medida en que tengan una relación con problemas humanos”.*²⁴⁰

Discorre GALVÃO DE SOUSA que

*“...a ação governativa exerce-se no âmbito da prudência. Há uma prudência individual, uma prudência doméstica, uma prudência econômica, e assim também uma prudência política. Compete-lhe, ao lado da *iurisprudencia* ou prudência do direito, ordenar a atividade dos homens em vista do bem da coletividade, o qual, por sua vez, deve contribuir para cada homem alcançar a plenitude da sua realização terrena, em demanda da finalidade eterna. A atividade dos especialistas e dos funcionários deve estar sempre subordinada ao juízo prudencial dos homens de governo. Por isso, nem a máquina nem os técnicos poderão jamais substituir o estadista”*²⁴¹ [e, acresço, os juristas].

ORREGO SÀNCHEZ também reafirmará que os diferentes níveis de saberes/conhecimentos jurídicos, assim os do jurista prático, o do professor e o do filósofo, são todos dependentes de um conjunto de virtudes intelectuais harmonicamente concatenadas: prudência, arte, ciência e sabedoria.²⁴² E GALVÃO DE SOUSA bem apontará a hierarquia: “...

²³⁹ V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*

²⁴⁰ *Ibidem.*, p. 336.

²⁴¹ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. O Estado tecnocrático. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 143.

²⁴² *“En el caso del derecho, el conocimiento de una cosa encuaneto debida a otro puede darse en diversos niveles. Se puede juzgar que esta cosa es debida a este hombre, como hacen los jueces en el ejercicio cotidiano de su función jurisdiccional. O se pue de juzgar en términos genéricos qué es lo justo en determinadas situaciones, como un profesor universitario que enseña el derecho. También se pue de reflexionar acerca de lo que significan, en último término, “ser justo”, “derecho”, “justicia”, etcétera, como hace el filósofo. En definitiva, el saber que fundamenta las actividades jurídicas no es uno solo, sino que supone un conjunto de virtudes intelectuales armónicamente concatenadas: prudencia, arte, ciencia y sabiduría. Evidentemente, un individuo solo no puede desarrollar todas estas virtudes. El abogado o el juez tendrán un conocimiento preferentemente prudencial o artístico. El profesor universitario o el científico del derecho poseerán un conocimiento más universal, metódico y ordenado, pero menos directamente práctico. El filósofo del derecho buscará los fundamentos últimos de los*

[o]s saberes filosóficos, acima da técnica, permitem atingir os valores humanos, em função dos quais deve ser promovida à ordenação da sociedade. É o que faz o homem político, dotado de uma visão por assim dizer arquetípica”.²⁴³ A alternativa à tecnocracia totalitária, lembra-nos o autor, supõe, assim, evitar-se o abuso da utilização da técnica na organização política, resguardando-se os valores humanos e a liberdade.

Por semelhante razão, aponta SANGUINETI para o fato de que se

“La computadora es una extensión de nuestra inteligencia calculadora” [e se] “[g]racias a ella podemos eximirnos del trabajo casi mecánico de tener que calcular, un trabajo para el que somos demasiado limitados”, [de modo outro], “... nuestro aporte insustituible está en las valoraciones personales sobre la conveniencia del empleo de este o aquel sistema inteligente para afrontar problemas técnicos de todo tipo y en la interpretación de los resultados o de las propuestas. En definitiva, los SI han de usarse de modo sapiencial (de otro modo, serán simplemente un evento tecnológico), y de este modo pueden conectar con la visión contemplativa de la realidad y con la praxis moral de la persona.”²⁴⁴

Se considerada a imperfeição dos juízes e das instituições humanas de Justiça (por vezes acentuadas imperfeições das quais decorrem gravíssimas consequências jurídicas, políticas e sociais) incumbidas da distribuição do justo, podem soar tentadoras – também em prol das propaladas imparcialidade e neutralidade técnicas, da eficiência, da previsibilidade, da celeridade, da uniformidade etc. – propostas de confiar disputas a juízes digitais²⁴⁵.

Há de se objetar, porém, que programas e algoritmos são projetados por pessoas humanas, essas mesmas que, quando no ofício judicante, podem não vir a ser propriamente modelos de virtude moral, prudência e sabedoria. Não somente isso. Há de se atentar a que tanto a atividade legislativa quanto as de aconselhamento ou desvelamento do justo concreto não são apenas saberes técnicos, mas técnico-prudenciais. É dizer, não se voltam apenas ao útil, mas ao verdadeiro e ao bem na concretude dos casos, a exigir do legislador e do jurista - para um mais perfeito trânsito da potência ao ato - um acentuado desenvolvimento das virtudes cognitivas e morais e, dentre elas, especialmente a da prudência (e de sua [quase] parte principal, a previdência). Não se reduzem à obtenção de eficiência/produzitividade ou ao exercício de algum tipo de técnica preditiva dos futuros contingentes (meramente movida por interesse próprio ou

*saberes anteriores, para lo cual pue de prescindir relativamente de tal o cual realidad práctica del derecho (no así de una experiencia global al respecto).” (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del Derecho Justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 36/37).*

²⁴³ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973, pp. 89/90

²⁴⁴ V. SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente cit.*, p. 337.

²⁴⁵ V. AMATO, S. *I giudici e la “loro” giustizia a proposito di decisioni algoritmiche*. *L'Ircocervo*, 21 (2022) n. 1 ISSN 1722-392X. Disponível em: <https://lircocervo.it/?p=4634>.

estratégico) desvinculada da reta ordenação das ações à natureza humana e seus fins na ordem de todas as coisas.²⁴⁶ Nunca poderão – e isto se conclui de tudo o quanto até aqui se desenvolveu – ser executadas adequadamente pelo só emprego de alguma técnica de “inteligência artificial”, embora possa esse uso da técnica contribuir para uma prudente [e previdente] decisão. O remédio para as imperfeições do intelecto e da vontade – que muitas vezes manifestam-se nas funções legiferante e judicante – não pode estar em entregar essas funções a um instrumento que, ao cabo, é artifício humano e que – ainda que possa simular/emular algumas operações intelectivas – nunca poderá prudentemente deliberar sobre o médio da virtude da justiça jurídica na concretude dos casos, de modo que leis e decisões – atos da razão prática – mais retas serão quanto mais suportadas pelas virtudes éticas e dianoéticas e ordenadas ao bem comum, o que supõe – e isto ultrapassa os limites do *ser* e do *operar* das máquinas – a racionalidade²⁴⁷ ínsita aos humanos legisladores, advogados, juízes, notários, etc.

Por isso deve recordar-se, com VALLET DE GOYTISOLO, que “[l]a ‘racionalización cuantitativa’ debe someterse a la razón objetiva que parte del conocimiento de la verdad. Y la ‘tecnocratización’ ha de subordinarse a la prudencia política”²⁴⁸ (e à jurídica, de conseguinte).

Em um contexto em que a previsibilidade cresce em importância, espraiando-se por inúmeros ramos do conhecimento e, também, para as ciências morais, não se olvida deva ser

²⁴⁶ “En palabras de Vallet, se produce ahí «una falsa impresión de libertad en el sujeto que intenta construir un mundo a la medida de sus ideas», y no como el mundo es de hecho. Se toma efectivamente la parte por el todo, los medios por el fin y la técnica por único valor. Mas esa libertad excesiva y absorbente que se da a los técnicos lleva, según lo vio nada menos que el revolucionario Herbert Marcuse, a la legitimidad de la dominación sobre los que no son del grupo esotérico de los técnicos, y así es que (dice el mismo Marcuse) «el logos de la técnica se ha convertido en el logos de la servidumbre prolongada»; y en otra parte: la técnica como ideología de «dominación metódica, científica, calculada y calculista (sobre la naturaleza y sobre el hombre)». Comprender, para los tecnócratas, es, de hecho, dominar, es sustituir «la naturaleza natural por una naturaleza de laboratorio» (Vallet); la inteligencia, por la imaginación; la variedad real de las personas y de las cosas, por la uniformidad amorfa de los entes que puedan obedecer a un esquema de ordenación racionalista.” (V. DIP. Ricardo. *La tecnocracia: ideología, praxis y mito*. Verbo, núm. 559-560 (2017), 861-868. Fundación Speiro, pp. 864/865).

²⁴⁷ “La razionalità, infatti, non è né il calcolo, né l’abilità tecnica, né, da ultimo, la mera coscienza e volontà dell’atto, anche se – ovviamente – questi elementi dell’atto medesimo possono esprimerla e compendiarla in sé stessi e anche se, con riguardo a quest’ultimo aspetto, esso ne rappresenta il «presupposto prossimo», giacché non può aversi atto razionale, senza coscienza e volontà di compierlo. Il vaglio razionale, però, non limitandosi a un vaglio «tecnico-operativo» o «eziologico-causale», richiede di considerare la condotta dell’uomo e l’atto da lui compiuto ‘sub specie rationis’, vale a dire sotto il profilo della conformità di esso al principio della ragione e la ragione – ‘ça va sans dire’ – non è il calcolo, non è la idoneità all’effetto, non è la coscienza e volontà dell’atto, quanto piuttosto essa esprime e rappresenta – diremo – l’intelligenza dell’essere in sé delle cose, onde è e può/deve dirsi razionale, ‘id est’ conforme a ragione, quell’atto dell’uomo il quale, essendo compiuto nell’esercizio del libero arbitrio, esprima in sé stesso la comprensione della ‘natura rerum’ e si rapporti alle cose in conformità e nel rispetto della loro essenza.” (V. DI MARCO, Rudi. *Sulla crisi dell’ordinamento giuridico e sulla “metamorfosi” della pretesa in diritto cit.*, pp. 31/32).

²⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Tecnocracia, totalitarismo y masificación*. Verbo, Número 207-208: Serie XXI, 1982, p. 756.

ela temperada. AYUSO²⁴⁹ recordará a opinião de Bertrand DE JOUVENEL no sentido de que disciplinas científicas passariam a orientar-se para a previsão, de modo que investigações, inspiradas por um propósito de utilidade social, viessem a esclarecer a componente dinâmica da realidade, processo em que a expansão da “arte dos meios” (tecnologia) seria seguida pela da “arte do conselho”, de modo que a conclusão não poderia ser outra senão a de que as ciências morais viessem a dedicar-se à previsão (pois não sendo assim a necessidade social a este respeito logo seria preenchida e satisfeita pela tecnologia), passando os sujeitos a serem manipulados, em prol de uma propugnada eficiência, como objetos e com não raro desprezo de sua natureza. Conforme recordam os autores, nessa perspectiva e bem dosadas as coisas -, os fins preditivos não devem ser apenas aqueles que permitam o vislumbre de um ser jurídico contingente e futuro, mas exigem uma convergência das disciplinas humanas ao modo de uma interdisciplinaridade abrangente das várias áreas do conhecimento que se integrariam para solução de muitas dificultosas intersecções entre o progresso tecnológico e a vida moral, com reflexos sensíveis em toda atividade jurídico-regulatória e decisória em campos muito variados (recorda AYUSO, *ad. ex.*, o da bioética, ao que podemos acrescentar, dentre tantos, o da assim denominada “inteligência artificial” e suas aplicações), integrando toda uma temática filosófica mais profunda, que vai da metafísica e teoria do conhecimento à antropologia filosófica e à filosofia moral (âmbito no qual, desde a tradição aristotélico-tomista, radicam-se a filosofia política e a jurídica).

O uso desordenado da técnica²⁵⁰ em/para “sistemas de justiça” – é dizer, como fim em si, como instrumento de controle ou de modo contrário à natureza humana e seus fins - somente poderá resultar em comprometimento do fim da própria justiça, que se ordena à distribuição do justo concreto, da coisa justa. No plano político, o risco é o da imposição – em uma ou algumas de suas múltiplas faces – da tecnocracia²⁵¹ totalitária consumativa do abandono do direito

²⁴⁹ AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo cit.*, pp. 20/22.

²⁵⁰ “Governar sob o prisma meramente técnico é reduzir os homens a coisas. Servir-se da técnica para o bem do homem é subordinar os engenhos e a organização ao bem comum entendido à maneira de um fim não válido em si mesmo, mas ordenado ao destino transcendente do homem.” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 124).

²⁵¹ V. DIP, Ricardo. *La tecnocracia: ideología, praxis y mito*. *Verbo*, núm. 559-560 (2017), 861-868. *Fundación Speiro*, p. 863. Cito: “Como bien dice Vallet, con la tecnocracia asumen el mando hombres que, al menos mientras se disponen a la tarea del gobierno técnico, carecen de «una visión basada en un orden de valores determinado por las finalidades superiores». Y, por eso, la tecnocracia es un ejercicio de poderes no sólo acomodados a una visión inmanente de todas las cosas –en la que no caben más valores que no sean los de la economía–, sino que también la tecnocracia, por esencia, debe ejercer una planificación y dirección centralizadas y autoritarias: a los ojos de los tecnócratas, una administración de cosas, una búsqueda de eficacia poietica, «l’assimilation –dice Claude Polin– de toute société moderne à un vaste atelier». Como, por otro lado, no tienen los tecnócratas otro fin que no sea la propia técnica hic et nunc –o sea, como lo dice Juan Vallet, solo les interesa «lo que resulta

natural clássico e cristão, é dizer, da ideologia tecnocrática que, supostos a recusa nominalista à inteligibilidade do universal e o recorte do real em que opera²⁵², tomando a parte pelo todo, os meios pelos fins e a técnica por único valor, tendo ainda por fim a eficiência/produção, assume o governo da sociedade (e das empresas)²⁵³, a tudo “coisifica” – o ser humano inclusive -, e é movida pelo mito do “progresso indefinido”, pelo apreço acrítico das novidades e por um anseio de controle e domínio sobre as pessoas e sobre o mundo.²⁵⁴

VALLET DE GOYTISOLO, relacionando tecnocracia, totalitarismo e massificação, expõe:

“... la tecnocracia, ceñida a su propia función, se caracteriza porque ‘parte de una concepción ideológica del mundo que admite la mecanización dirigida centralmente por unos cerebros capaces de impulsarla de un modo eficaz, que propugnan y tratan de operar la racionalización cuantitativa de todas las actividades, si bien dando primacía a las económicas y, en general, a las utilitarias. Presupone la más tajante efectividad de la escisión cartesiana entre la ‘res cogitans’, o sea el mundo del pensamiento, y la ‘res extensa’, es decir, el mundo inerte de las cosas materiales, entre las que es situado el mismo hombre y las sociedades humanas en cuanto se las hace objeto de experimentación y racionalización. Una tal concepción tiende a centralizar toda la ‘res cogitans’ en unas pocas mentes de expertos, los tecnócratas, que han de asumir las palancas de mando del mecanismo construido para racionalizar la ‘res extensa’, incluyendo en ésta la inmensa masa de los hombres, para cuyo bienestar han de proveer.”²⁵⁵

Com apoio em VALLET DE GOYTISOLO, DIP ressaltará:

“Comprender, para os tecnocratas, é, de fato, dominar, é substituir ‘la naturaleza natural por una naturaleza de laboratorio’ (Vallet); a inteligência, pela imaginação; a variedade real das pessoas e das coisas, pela uniformidade amorfa dos entes que podem obedecer a um esquema de organização racionalista.”²⁵⁶

Sobre a massificação resultante, bem recorda DIP a imposição de “padrões homogêneos de pensar, de querer, de sentir...”:

“não mais individualidades, não mais personalidades, não mais vidas interiores, não mais registradores [e juízes] com ofício de jurista, mas, sim, pessoas calculáveis,

materialmente experimentable en un solo momento»–, es indiferente el valor moral de las consecuencias de esa praxis (o mejor dicho: factio) tecnocrática. En ese cuadro, tan bien está saciar el hambre del pueblo por el aumento productivo de alimentos, cuanto por la reducción, no importa cómo, de personas por alimentar. Así, dice Patricio Randle, la regla de oro de la cultura tecnológica puede resumirse en esto: «¿Es posible, es barato? Hagámoslo [...]. No importa qué consecuencias humanas arrastre».”

²⁵² DIP, Ricardo. Registro de imóveis. Princípios. Tomo II. Editora Primvs, 2018, p. 104.

²⁵³ *Ibidem*, pp. 104 e 106.

²⁵⁴ DIP, comentando o epílogo da obra de VALLET de GOYTISOLO (DIP, Ricardo. *La tecnocracia: ideología, praxis y mito*. Verbo, núm. 559-560 (2017), 861-868, pp. 867/868).

²⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Tecnocracia, totalitarismo y masificación cit.*, p. 741.

²⁵⁶ DIP, Ricardo. Registro de imóveis. Princípios. Tomo II. Editora Primvs, 2018, p. 106.

condutas calculáveis, sociedades calculáveis, procedimentos uniformes, procedimentos formulários, uníssonos, repetidos ('o mercado quer')²⁵⁷

Fiquemos com a lição de GALVÃO DE SOUSA: apontar para esses graves riscos não implica “recusa dos planejamentos e da técnica”, porque isso

“Seria, sem dúvida, fechar os olhos à complexidade da vida de hoje e às transformações”. [O ponto nodal está em] “saber tirar daí vantagens para o homem e não permitir que esse novo instrumental venha a ser utilizado para a mecanização da vida e em proveito do Estado metamorfoseado num Minotauro da produção. A condenação da tecnocracia - tirania da técnica - não engloba necessariamente uma repulsa à técnica e aos modernos processos de racionalização e de automação. Nem importa em negar as possibilidades de aplicação da cibernética pelos governantes e administradores, evidentemente sem pretender chegar à máquina de governar, matéria quando muito de *science fiction*”²⁵⁸

É por isso que as técnicas - as preditivas inclusive - se bem informem para decidir e ordenar a ação presente pela antecipação de contingentes futuros, não substituem o prudente (e necessariamente humano) juízo político ou jurídico subsequente.²⁵⁹ Se a inserção, em múltiplas interfaces do universo político e jurídico, do uso das técnicas de análise preditiva – inclusive com o apoio de instrumentos de “inteligência artificial” - e seu necessário enquadramento regulatório (legislativo e judicial) são temas cada vez mais presentes, seu enfrentamento deve, no entanto e sempre, considerar a estrutura da realidade e a ordem de todas as coisas, o bem comum e o que seja a natureza humana e de suas potências, o que está a ser – consciente ou inconscientemente – desprezado, embora isso não surpreenda alguém medianamente previdente, porque mero desdobramento esperado dos erros nominalistas, voluntaristas e imanentistas nos quais muitas aporéticas tendências filosóficas atualmente em voga deitam suas raízes.

Ao ignorar-se a forma substancial inteligível (e que o intelecto de fato é potência para os universais²⁶⁰), a sã filosofia do ser, a noção de transcendentais (em especial do ser enquanto

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 108. Veja-se, ainda: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968.

²⁵⁸ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. O Estado tecnocrático *cit.*, pp. 140/141.

²⁵⁹ “... as máquinas podem constituir elementos de consulta para os homens de governo, como os oráculos da antiguidade, ou os congressos partidários ou os especialistas de hoje. Mas a fase posterior da ação do governo, após a obtenção das informações, após a previsão, após a pesagem dos prós e dos contras, é a decisão. *Esta será sempre do homem*. Aí a máquina não interfere, nem pode interferir.” (*Ibidem*, p. 141).

²⁶⁰ Para o tomismo, “...a universalidade (...) não é outra coisa senão a relação de quiddidade de uma coisa abstraída pelo intelecto com respeito à totalidade dos indivíduos em que se dá. É uma relação de entes de razão – e, portanto, de entes imateriais...”. (Cf. SILVERIA, S., *Cosmogonia da desordem cit.*, p. 733). Vale citar, sobre a querela dos universais: para a tradição tomista, o universal - “um apto a ser inerente a muitos” – não se realiza fora do intelecto (como defendiam realistas), tampouco apenas no indivíduo, reduzido a um simples nome coletivo representativo do conjunto de indivíduos, não verdadeiramente correspondente a uma sua natureza (como sustentavam os nominalistas), mas exprime a verdadeira natureza das coisas, embora só se lhes confira o estado de universalidade pelo intelecto, que abstrai dos singulares sua natureza/essência (realismo moderado ou conceitualismo-realista). (Cfr. GARDEIL, Henri-Dominique, *op. cit.*, Lógica, pp. 102/105).

verdadeiro e bom) e a natureza imaterial do ato intelectual, o risco da má formulação de propostas regulatórias – para além dos políticos (*ad. ex.*, formas de controle social tecnocrático-totalitárias com apoio em aparato tecnologicamente avançado) – reside em transpassar os limites morais dados pela própria estrutura do *ser* em sua ordem, pela natureza humana e por seus fins.

Ao desprezar-se os princípios primeiros que todas as demais ciências devem haurir da metafísica²⁶¹ e ao rejeitar-se, assim, o fundamento objetivo a que se deve submeter toda atividade prática (cuja fonte é o *ser*) e uma adequada noção de bem comum, a busca por efetividade, segurança (e de uma regulação que proveja segurança) e controle passa a refletir uma cosmovisão que maximiza desmedidamente o poder de previsão, o que se faz em função de uma autodeterminação absoluta e não objetivamente limitada da vontade de indivíduos, povos ou de conjuntos de povos, compondo-se uma ordem (operativa-instrumental-funcional) convencional e arbitrariamente regulamentada e/ou imposta por determinadas causas eficientes (nem sempre claramente percebidas e que controlam movimentos e contradições) segundo parâmetros éticos/morais construídos e reconstruídos artificialmente²⁶², postulando, reforçando e funcionalizando/instrumentalizando a doutrina da “liberdade do liberalismo” (continuada e aprofundada pelo “personalismo contemporâneo”) , é dizer, de uma liberdade elevada a bem supremo e fim último.²⁶³

Neste quadro em que a natureza humana, sua ordem e seus fins são negados ou distorcidos, o poder de previsão é desmedidamente maximizado e perseguido – por vezes incrementado por técnicas de “inteligência artificial” – e usado utilitariamente como fonte de conhecimento necessário a, de um lado, planificar tanto quanto possível as eleições práticas (políticas e jurídicas, inclusive) por autodeterminadas e ilimitadas vontades manifestadas em

²⁶¹ “...a metafísica (...) representa o grau máximo de abstração que a inteligência humana pode lograr, razão pela qual merece ela o título *de ciência por excelência*, pois todas as demais a supõem fundamentalmente. Quando se diz *subordinação*, quer-se dizer que uma ciência busca em outra os seus princípios.” (Cf. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 264).

²⁶² “*La ética, sin embargo, no es fruto de una opción, fideísta o ideológica. De la opción depende su respeto, pero no su naturaleza. El bien y el mal, en efecto, no dependen de las convicciones personales o colectivas, sino que son el presupuesto para juzgarlas, es decir, para valorar su legitimidad. Cuando se niega esto todo se convierte en lícito sólo porque es posible: todo hombre estaría abandonado a la propia voluntad; los padres serían dueños de sus hijos ejercitando el poder de programarlos biológicamente; las sociedades serían libres de establecer cualquier cosa (si y cuándo debe curarse a un hombre, si su rendimiento en el trabajo responde o no a las expectativas colectivas, qué modelo de vida y de organización de la vida debe crearse, aplicarse y practicarse, etc.). En la libertad guiada sólo por la libertad, como se ve, está implícito el totalitarismo de la tecnocracia y de la política (erróneamente) interpretada como biopolítica. El problema, pues, no es el miedo a las novedades sino el destino de la humanidad.*” (CASTELLANO, D. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados cit.*, p. 179)

²⁶³ V. CASTELLANO, D., *op. cit.*

leis e decisões que supõem noções utilitaristas de felicidade, de bem e de bem comum, e, de outro lado, frequentemente propagar um pseudo-progresso em verdade dirigido pelas mencionadas causas eficientes e não raramente com desprezo dos fins da pessoa humana e dos povos, revelando-se mais uma face de uma postura imanentizada e onto-metafisicamente insubordinada, um falso progresso movido por um gosto acrítico pelas novidades (e em função das potências inferiores da alma), com tintas totalitárias e pendores de uma falsa justiça para uma falsa paz.

O uso das técnicas preditivas (reforçado por instrumentos de “inteligência artificial”) em/para fins de “sistemas de justiça” – ao avançar desde um enfoque que não se ordena à natureza humana, à sua ordem e a seus fins - não apenas supõe a “liberdade do liberalismo” como a supera para impor um projeto “positivo” de controle que está – tomada de empréstimo uma expressão de CASTELLANO - *“abierto al totalitarismo tecnocrático fácilmente realizable con la metodología cientista”*.²⁶⁴

É preciso, portanto, enfatizar-se que a busca por previsibilidade só pode contribuir para a consecução de genuína segurança jurídica ao harmonizar-se – observadas a natureza das coisas e de cada coisa - à essência racional do ser humano, a seu fim e ao bem comum exigido pela sã ordenação política. Para além disso, a previsibilidade - e disto agora se tratará – consubstancia, é preciso destacar, apenas um dos aspectos da segurança, de modo que a exagerada ênfase em uma certeza jurídica enquanto previsibilidade (ou mesmo sua confusão com a segurança), sem a consideração da natureza das coisas e de cada coisa em sua ordem, e/ou uma ênfase desproporcional em instrumentos que prometam efetivá-la -, acaba por ser sempre redutiva da própria segurança, além de reveladora de concepções filosóficas e éticas que lhe estão de algum modo subjacentes.

I.3 - A INSUFICIÊNCIA DA PREVISIBILIDADE PARA A CONSECUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

²⁶⁴ *Ibidem*, 177.

Nas relações jurídicas em geral, e na esfera econômico-empresarial em particular, a previsibilidade é recorrentemente destacada como de importância central para a segurança jurídica e para a ordem do mercado.

Sobre a importância da previsibilidade/calculabilidade do funcionamento das instituições de justiça para o desenvolvimento do capitalismo e seu estreito vínculo com a racionalização e sistematização jurídicas, WEBER é contundente:

“... para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça - uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da ‘segurança de tráfico’ jurídica”.²⁶⁵

Ainda:

“O capitalismo industrial precisa poder contar com a continuidade, segurança e objetividade do funcionamento da ordem jurídica, com o caráter racional, em princípio calculável, da jurisdição e da administração. De outro modo, faltam aquelas garantias da calculabilidade que são indispensáveis para o grande empreendimento industrial capitalista.”²⁶⁶

(...)

“A empresa capitalista moderna fundamenta-se internamente, sobretudo, no cálculo. Para sua existência, ela requer uma justiça e uma administração, cujo funcionamento, pelo menos em princípio, possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas, do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina.”²⁶⁷

IRTI, parcialmente apoiado em WEBER, afirma que o capitalismo não pode prescindir de calculabilidade jurídica:

“O capitalismo precisa de ‘um direito que se possa calcular de modo similar a uma máquina’. A calculabilidade exige um direito formal, baseado em *fattispecie* e juízos subsuntivos. Já por diversas vezes salientou-se nestas páginas que a *fattispecie*, como um esquema de eventos típicos e gerais, olha para o futuro e, portanto, que a subsunção judicial olha para o passado. A coerência entre esses olhares constitui o processo de aplicação e satisfaz a necessidade de calculabilidade. O presente não é uma ‘situação de vida’ qualquer, sujeita a um julgamento de aprovação ou desaprovação, mas um caso repetitivo do esquema. Um presente, em suma, que já está no passado.” (tradução nossa)²⁶⁸

²⁶⁵ WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 146.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 310.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 510.

²⁶⁸ No original: “*Il capitalismo ha bisogno di ‘un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina’. La calcolabilità esige un diritto formale, che si appoggi a fattispecie ed a giudizi sussuntivi. Più volte si è avvertito in queste pagine che la fattispecie, come schema di eventi tipici e generali, guarda al futuro, e dunque che la sussunzione giudiziale guarda al passato. La coerenza fra tali sguardi costituisce il processo di applicazione e soddisfa il bisogno di calcolabilità. Il presente non è una qualsiasi ‘situazione di vita’, sottoposta a un giudizio*”

IRTI²⁶⁹ expõe que o subjetivismo, o intuicionismo e o vitalismo penetram o direito e impedem o empresário de antecipar o futuro jurídico. Assinala o autor a cisão entre a “racionalidade tecno-econômica” e a “racionalidade jurídica”, de sorte que, enquanto uma permanece calculável, ou mesmo cresce no grau de calculabilidade (desde o ângulo da empresa, uma assertiva bastante controversa, para dizer o mínimo²⁷⁰), a outra perde o controle do futuro, tonando-se irracional (no sentido de “racionalidade como cálculo”) e imprevisível. O conhecimento técnico-econômico, que também é, ou aspira a ser, uma “previsão”, separa-se assim do conhecimento jurídico, que não é mais capaz de oferecer a “previsão”, ou seja, o cálculo do amanhã. Se a perda da calculabilidade impede ao capitalista de antecipar o futuro jurídico, IRTI indagará como e por que o capitalismo pode descartar o direito formal, ou não levantar obstáculos e atrasos ao seu ocaso. Dentre as possíveis explicações que levanta, estão: ou o capitalismo encontrou outras potências que, levantando-se contrariamente (por exemplo, consumidores e outros grupos), são capazes de introduzir princípios “materiais” de decisão; ou o capitalismo, assumindo uma dimensão “global”, ordena-se em um direito próprio, formal e calculável como o antigo; ou o capitalismo aproveita-se das instituições sobreviventes do direito formal e estatal (propriedade, eficácia coercitiva das sentenças, etc.), confiando ao exterior o curso ordinário dos negócios.

Para os fins desta investigação e nos limites de seu objeto, interessa-nos – e isto FORGIONI recorda - que IRTI extraia da previsibilidade/calculabilidade a razão de ordem do mercado ao afirmar

“... que o mercado é uma *ordem* porque embasado em comportamentos *previsíveis* e *calculáveis*. A regularidade leva à possibilidade de previsão do comportamento do outro agente e, com isso, a uma *ordem*. Os agentes econômicos confiam que sua atuação (e a atuação dos outros) será baseada em *regras*, de forma que o risco estará no *sucesso* ou *insucesso* da jogada, e *nunca nas regras* do jogo.”²⁷¹

GRAU também destaca essa ideia em IRTI:

“O mercado, anota ainda Irti, é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado. Ora, como o mercado é movido por interesses egoísticos - a busca do maior lucro possível - e a sua

approvante o disapprovante, ma un caso ripetitivo dello schema. Un presente, insomma, che si trova già nel passato.” (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, p. 15).

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 15/16.

²⁷⁰ Veja-se: CARBALLO FERNÁNDEZ, José Maria. *Empresa y sociedad (Mito, “Praxis” y Poder)*. Verbo. Número 90: Serie IX, 1970.

²⁷¹ FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro *cit.*, p. 178.

relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes do mercado.”²⁷²

Nessa linha - continua FORGIONI com apoio em IRTI - a “ordem jurídica do mercado” teria por características a “normalidade” (comportamento conforme as normas), uniformidade (comportamentos adequados a um esquema formado pela norma) e regularidade (“o ato é reconduzido a um tipo normativo, perdendo o caráter de fortuito e arbitrário [sendo, pois, previsível]”).²⁷³ A autora continua para dizer que, “... porque o mercado é uma *ordem (jurídica)*, é possível prever o comportamento de seus agentes e, com isso, obter o incremento da segurança jurídica e a diminuição dos custos de transação”.²⁷⁴

Com efeito, expõe IRTI que normalidade, uniformidade e regularidade reúnem-se nos conceitos intimamente ligados de racionalidade (*rectius*: racionalidade como cálculo) e ordem (especifique-se: meramente construída):

“As três características, delineadas acima, estão reunidas nos conceitos, intimamente ligados, de ‘calculabilidade’ e ‘ordem’. O primeiro, iluminado e aplicado por Max Weber, indica o grau de racionalidade de um sistema de normas, as quais permitem prever determinados comportamentos em determinadas circunstâncias. Os homens de ação, e mesmo as simples e humildes partes de um contrato, procedem ao ‘cálculo do futuro’, daquilo que não é, através das formas estáveis e certas do direito. Estas sustentam e potencializam a ação, ao abrigo do fortuito e do arbitrário. Os agentes, conhecendo as regras do jogo, calculam o significado das ‘jogadas’, próprias e dos outros. A constância e a fixidez dos significados normativos geram, assim, a ‘ordem das ações’, as quais, emergindo de sua irrepitível singularidade, são reduzidas a ‘casos’ e se encontram no mesmo esquema. A ordem das ações sempre repousa sobre um sistema de normas: pode-se dizer, sobre um ‘ordenamento’.” (tradução nossa)²⁷⁵

IRTI parece assim extrair da previsibilidade e da calculabilidade a própria causa da ordem do mercado, uma ideia que teremos, mais à frente (Capítulo II.2), quando cuidarmos do tema desde fundamentos onto-metafísicos, a oportunidade de criticar.

²⁷² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. revista e atualizada. – Malheiros Editores, São Paulo: 2010, pp. 28/29.

²⁷³ FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro *cit.*, p. 178.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 179

²⁷⁵ No original: “*Le tre caratteristiche, innanzi delineate, si raccolgono nei concetti, intimamente congiunti, di ‘calcolabilità’ e di ‘ordine’. Il primo, lumeggiato ed applicato da Max Weber, indica il grado di razionalità di un sistema di norme, le quali lascino prevedere dati comportamenti in date circostanze. Gli uomini d’azione, ed anche le semplici e umili parti di un contratto, procedono al ‘calcolo del futuro’, di ciò che non è, mediante le forme stabili e certe del diritto. Queste sorreggono e potenziano l’azione, messa al riparo dal fortuito e dall’arbitrario. Gli agenti, conoscendo le regole del giuoco, calcolano il significato delle ‘mosse’, proprie ed altrui. La costanza e fissità dei significati normativi genera così ‘l’ordine delle azioni’, le quali, uscendo dalla loro irripetibile singularità, si riducono a ‘casi’ e si ritrovano nel medesimo schema. L’ordine delle azioni riposa sempre su un sistema di norme: si direbbe, su un ‘ordinamento’.*” (IRTI, Natalino. *Per una teoria della norma giuridica. In Un diritto incalcolabile. G. Giappichelli Editore – Torino: 2016, pp. 180/181).*

No âmbito da economia, do mercado, da atividade empresarial e da prática tributária, ÁVILA²⁷⁶ aponta que a “insegurança jurídica (...) atua negativamente sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos, já que prejudica as decisões de longo prazo em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas”, anotando que “a mudança frequente da legislação afasta o investimento e impede ações de médio e longo prazos necessárias a uma economia de mercado.”

Também recordando a obra de WEBER, GRAU afirma:

“Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir. São clássicas as considerações de Weber: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras - deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração.”²⁷⁷

Ressalta GRAU que a consecução da segurança jurídica (também legal e contratual) exige previsibilidade e calculabilidade, sem o que a estabilidade e o desenvolvimento das relações econômico-empresariais restariam prejudicados.²⁷⁸

CAMILO JUNIOR, a seu turno, aponta que a construção institucional do desenvolvimento implica, dentre outros requisitos, “[a] previsibilidade da conduta dos agentes econômicos, favorecendo seu planejamento econômico, reduzindo custos de transação, dando incentivo e segurança a seus investimentos e criando confiança e condições de cooperação entre eles.”²⁷⁹

Não se olvida, portanto, ser a previsibilidade/calculabilidade normativa e decisória realmente um dos aspectos mais relevantes para a promoção da segurança jurídica em geral e, particularmente, para a segurança jurídica nas relações econômico-empresariais.

ÁVILA²⁸⁰ ressaltará, no entanto, que para além de tendências céticas ou vagas relacionadas à segurança/certeza jurídica, nota-se uma tendência que por ele será identificada como um acentuado grau de “parcialidade” ou “exagerada especialidade” manifestados por

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 81

²⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 30.

²⁷⁸ Confira-se: Grau, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. – 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 15/18.

²⁷⁹ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica cit.*, pp. 32/34.

²⁸⁰ Cfr. ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 85/87.

diferentes abordagens - como a que reduz a segurança jurídica ao ideal de previsibilidade – que tomam a parte pelo todo ou exageram uma característica para centrar a análise nela.

Diz ÁVILA:

“Gometz, embora seja o único o que tenha adotado uma perspectiva analítica de exame da segurança jurídica, analisa-a sob uma só perspectiva (do presente ao futuro, isto é, como exigência de previsibilidade), deixando de examiná-la em todas as suas outras perspectivas (de modo atemporal, como exigência de cognoscibilidade, e do passado ao presente, como dever de confiabilidade) e de fundamentá-la em princípios constitucionais”.²⁸¹

Também resulta manifesta, desde a tradição *iusnaturalista* clássica, a incompletude das noções de segurança jurídica e de certeza do direito quando reduzidas a um seu aspecto, o da “previsibilidade”. Com feito, uma concepção de segurança/certeza fático-descritiva (empirista), tal a sustentada por GOMETZ, que se reduz à previsibilidade, sem consideração das múltiplas outras dimensões implicadas pela segurança jurídica, assim também a normativa/prescritiva (como princípio e como valor objetivamente fundados, não fruto de qualquer construto), e que advoga ser possível a consecução de algum grau de segurança/certeza jurídica mesmo na previsibilidade do injusto, empreste embora instrumentos úteis para algum tipo de análise, acaba apenas por revelar o fundo empirista em que se apoia, manifestando a agnosia da própria coisa justa devida (é dizer, do direito) e supondo a grande divisão entre os planos do *ser* e do *dever*.

É verdade que GOMETZ²⁸² pondera que a adoção de uma perspectiva fática, em tema de “certeza-previsibilidade”, não implicaria necessariamente uma visão *iuspositivista* realista/empirista do conceito de direito: para o autor, seria possível falar-se de certeza em termos de previsibilidade de um *ser* jurídico – reconhecendo-se que tal definição seria a única compatível com o caráter da certeza do direito que serve ao bem da planificação juridicamente informada da própria conduta -, mantendo-se, entretanto, as próprias preferências por uma outra concepção a respeito do direito. Redefinida por um ângulo fático-descritivo, a “certeza jurídica como previsibilidade” reivindicaria, assim, um *status* “neutro”²⁸³ quanto a considerações morais, seja sobre o valor das consequências jurídicas que se prevê, seja sobre os propósitos para os quais se aplicam previsões exitosas.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 87.

²⁸² V. GOMETZ, Gianmarco, *op. cit.*, nota de rodapé 120, p. 225.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 259/260.

Essa autodeclarada neutralidade a respeito da finalidade das previsões indicia, todavia, uma visão nominalista compatível com a agnosia das essências e, logo, de uma essência da segurança/certeza jurídica, corolário de uma tão propalada quanto falsa “grande divisão” entre os planos do *ser* e *dever* e de uma cisão entre ciências descritivas/positivas e prescritivas/normativas, fazendo-se, ao cabo, meramente descritiva e redutiva da segurança/certeza jurídica retamente compreendida.

A providência (*providentia*) do verdadeiramente prudente – insista-se - faz a previsão de contingentes futuros em vista da ordenação da reta eleição das ações presentes ao fim da natureza do agente (é dizer, a um fim delimitado por sua forma, por sua essência) e ao bem comum, de modo que a providência do prudente não é apenas solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas os prevê - não para agir, preceituar ou julgar independentemente do bem real humano, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas -, mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (os de normatização, aconselhamento e julgamento, inclusive), de tal modo que a realização da segurança/certeza, mesmo sob o aspecto de sua previsibilidade, não dispensa uma abordagem prescritiva.

A providência do prudente implica, pois, não apenas “prever”, mas promover as atividades regulatória e decisória voltadas à consecução da genuína segurança jurídica nas relações jurídicas em geral – e na seara econômico-empresarial em particular -, atividades que, atentas não apenas à “certeza da segurança”, mas também à “juridicidade da segurança” (“juridicidade substantiva”), supõe a regulação da lei positiva e decisões jurídicas todas ordenadas ao bem comum e moralmente conformadas segundo o fundamento objetivo imposto pela essência/natureza racional humana, pelo seu lugar na ordem de todas as coisas e por seu fim.

A providência do prudente é, pois, aquela que não apenas é solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas que os prevê – não movida por uma razão instrumental e utilitarista, não apenas movida por interesse próprio ou estratégico²⁸⁴, não para plasmar a vida

²⁸⁴ Ilustrativamente: “*Las reflexiones del autor Gianmarco Gometz que aquí se presentan en torno al tema de la certeza jurídica parecieran ocuparse de la toma de decisiones prudentes (o en interés propio) en situaciones de toma de decisión estratégica.*”; “*En este orden de ideas la certeza jurídica es identificada en este libro con la posibilidad de hacer elecciones prudentes, es decir, consiste en el hecho de poder elegir en interés propio: con la capacidad subjetiva de actuar con base en el propio bienestar (y evitar consecuencias desagradables) teniendo en cuenta las circunstancias del mundo que rodean el curso de acción a elegir y las consecuencias jurídicas que probablemente serán conectadas (por otros) a la propia acción.*” (MORENO CRUZ, Diego. *Estudio introductorio. Consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes*. In GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 12 e 16).

independentemente dos limites da forma/essência/natureza e do bem comum, não para preceituar ou julgar independentemente dos fins reais do homem, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas²⁸⁵ (ocasiões em que, de prudência, resta somente o nome, porque da virtude da prudência já não se trata) – mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (incluídos, no caso dos legisladores e juristas, os de normatização, aconselhamento e julgamento) ao bem comum e ao bem real humano.

Se, como destaca DIP, “não há efetividade jurídica possível à margem da *res iusta*, nem pode ser consistentemente justa uma situação instável”²⁸⁶, para a consecução de uma real segurança jurídica a “seguridade da segurança” (*ius certum*) deve apresentar-se de par com a “juridicidade da segurança” (*ius aequus*), com o que, imbricando-se ambas, faz-se possível integrar a segurança na justiça em vista do bem comum e do bem real humano.²⁸⁷

Não menos importante, a visão de uma segurança e de uma certeza reduzidas à previsibilidade, embora em certa medida útil a uma mais efetiva previsão dos possíveis futuros contingentes, enfatiza a noção de uma absoluta (ou, quando menos, apenas convencionalmente condicionada) autonomia do querer²⁸⁸ suposta pela “liberdade negativa”²⁸⁹ do liberalismo, é dizer, de uma liberdade como fim, sem outro critério que não a própria liberdade, uma noção de liberdade que, já emancipada da verdade e do bem - supondo uma razão prática dissociada de um fundamento genuinamente objetivo - assume primazia sobre a ordem ética e metafísica.

²⁸⁵ “Como se dijo, los hábitos operativos tienen por fin el bien de las acciones concretas. Esto exige un conocimiento intelectual y práctico, es decir, un conocimiento que dirija las acciones. Elegir rectamente los medios para bien obrar supone tanto el conocimiento del fin de las acciones como el conocimiento de la ordenación adecuada para alcanzar ese fin.” (DIP, Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica cit.*, p. 44).

²⁸⁶ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 53/54. Ainda: “...uma situação segura, verdadeiramente estável, é dizer, estabilizada de maneira pacífica, somente pode derivar de um *status* de justiça: *pax, opus iustitia* - segurança jurídica sem juridicidade não é segurança.” (DIP Ricardo. *Registro de Imóveis. Princípios*. Editora Primvs, 2017, p. 41).

²⁸⁷ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 53.

²⁸⁸ Ilustrativamente, GOMETZ: “Hay que precisar que son de carácter ético-político también algunas de las elecciones que guían la reconstrucción del concepto de certeza que resulta propuesta en este trabajo. La misma decisión de (re)plantear la certeza en términos de previsibilidad deriva en verdad de la convicción según la cual la valoración positiva de la (elevada) certeza reside principalmente en su función de servicio al bien de la susceptibilidad de planificación jurídicamente informada de las elecciones prácticas individuales y, mediatamente, respecto a la autonomía del individuo, entendido como sujeto capaz de elaborar planes de acción a largo plazo”. (GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. cit.*, Introducción). Ainda: “La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva.” (LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, p. 87).

²⁸⁹ Na expressão de Danilo CASTELLANO.

Essa última constatação imediatamente conduz a que tanto concepções de segurança que se reduzem ao seu aspecto de previsibilidade (sob um enfoque empírico-descritivo) quanto as que (prescritivamente) perseguem previsibilidade/calculabilidade por meio de uma “segurança de critérios” (subjetivos) a ser construída argumentativamente²⁹⁰, porque destituídas de um fundamento onto-metafísico, revelam-se falhas para os fins de prover genuína segurança jurídica.

Em seu extenso trabalho²⁹¹, ÁVILA²⁹², ampliando o panorama de análise e evitando uma abordagem reducionista quanto à segurança jurídica, “busca romper com o modelo tradicional de análise da segurança jurídica (cético, parcial e vago)”. O autor analisa a temática desde uma perspectiva predominantemente jurídico-dogmática (relativamente a um determinado ordenamento), utilizando-se do método analítico, assim como entendido pela filosofia contemporânea, é dizer, com detalhamento e especificação de aspectos, significados, fundamentos normativos, elementos estruturais, dimensões²⁹³, eficácia etc., ofertando uma proposta que busca tanto reduzir a indeterminação, ambiguidade e abstração do conceito de segurança jurídica quanto atribuir-lhe operacionalidade prática a ser gradualmente atingida mediante a adoção de comportamentos e instrumentos funcionais, focando – no lugar de uma “segurança de significado” (*Bedeutungssicherheit*) - uma “segurança de critérios” (*Kriteriensicherheit*) com vistas a “parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos”.²⁹⁴ Nesse passo, criticando “...a busca da segurança jurídica [...] realizada por meio da procura por um ideal de determinação absoluta do conteúdo das normas jurídicas”, ÁVILA sustenta ser necessário “...alterar o eixo central de pesquisa para

²⁹⁰ V. ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, pp. 88/90. Ainda: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*

²⁹¹ Nas palavras de Riccardo Guastini, “[é] (...) provavelmente o estudo sobre o tema mais vasto e sistemático conduzido com método analítico.” (GUASTINI, R. Prefácio da Edição em Inglês. In Ávila, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, p. 22).

²⁹² ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica cit.*, p. 90.

²⁹³ ÁVILA divide as dimensões da segurança jurídica em uma **dimensão estática**, nela incluídas a cognoscibilidade material (segurança de existência e vigência pela acessibilidade, pela abrangência normativa e pela possibilidade de identificação da norma aplicável) e a cognoscibilidade intelectual (segurança de conteúdo pela inteligibilidade da norma e do ordenamento, pela clareza linguística, pela determinabilidade de conteúdo normativo, pela coerência e consistência do ordenamento etc.), e uma **dimensão dinâmica**, abrangidas a i) confiabilidade normativa (estabilidade e eficácia normativas). Estabilidade normativa em dimensão objetiva: (permanência do ordenamento pela manutenção de conteúdo e de normas [cláusulas pétreas e durabilidade do ordenamento], pela intangibilidade de situações individuais pelo transcurso do tempo [decadência e prescrição] ou pela consolidação jurídica das situações [ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, fato gerador ocorrido], pela consolidação fática das situações ou pela ausência de prejuízo; estabilidade normativa em dimensão subjetiva: intangibilidade de situações individuais por razões subjetivas (proteção da confiança). Eficácia normativa: segurança de realização (proteção judicial); ii) calculabilidade normativa: anterioridade, continuidade e vinculatividade normativas. (*Ibidem*).

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 88/90.

a busca por alguma previsibilidade relativa para os cidadãos, em geral, e para os contribuintes, em particular”. Uma proposta que, segundo o autor, busca “...delimitar os critérios gerais para a restauração da segurança jurídica como princípio, na crença de que um ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável é pressuposto tanto para a realização dos direitos fundamentais quanto para a realização das finalidades estatais”.²⁹⁵

Destacando a relação entre previsibilidade e segurança/certeza jurídica, diz ÁVILA – com apoio em VON ARNAULD - que “... a Ciência do Direito, em vez de se conformar com a falta de efetividade do Direito, deve funcionar exatamente como uma espécie de contraponto da Modernidade, capaz de restaurar uma das funções tradicionais do Direito: assegurar expectativas”.²⁹⁶ ÁVILA acrescenta:

“Nas palavras de MACHADO DERZI, é preciso [...] saber como o sistema jurídico se presta a fornecer estabilidade em um mundo instável, tornando suportáveis horizontes temporais mais amplos, por meio da criação de uma previsibilidade que reduza e que torne suportável o alto grau de insegurança, ínsito às sociedades diferenciadas. Eis a razão pela qual a referida autora afirma que, em um ambiente inseguro, o que se busca, todo o tempo, é a segurança. Não se procurando esse caminho, prevalecerá, de acordo com Gometz, a ‘incerteza sobre a certeza’, capaz de gerar uma postura de total desilusão com a segurança jurídica...”.²⁹⁷

Expõe Ávila, em outro estudo:

“De este modo, en vez de algo ya hecho («el Derecho como seguridad»), la seguridad jurídica denota algo a construir («un derecho a la seguridad»); en lugar de «certeza semántica», la «controlabilidad argumentativa»; en el espacio de la «actividad descriptiva», un «conjunto de actividades reconstructivas y decisionales». ”²⁹⁸

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 90.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 88/89. Recorde-se, ainda, LUHMANN, que chega a definir o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. (LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 121).

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, p. 89.

²⁹⁸ V. ÁVILA, Humberto. *Indicadores de seguridad jurídica. I Congreso Biental sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica. Girona, 2013.* Disponível em: http://www.publicacionestecnicas.com/cmsbook2/biblioteca/documents/LSUBCAT_1781/1372193333_H-avila.pdf. Continua o autor: “Se intenta, con ello, superar la concepción de la seguridad jurídica como garantía de contenido, basada en el paradigma de la determinación, a favor de una seguridad jurídica como garantía de respeto, fundada en el paradigma de la controlabilidad semántico-argumentativa y cuya realización depende de elementos, dimensiones y aspectos que han de ser conjunta, sintética y equilibradamente evaluados. Dicha conceptualización adviene de la constatación de que el proceso de interpretación textual está impregnado de procesos discursivos. Estos procesos discursivos presuponen teorías y requieren elecciones. Aunque la interpretación de las disposiciones legales se vincule interpretaciones que antes ha ofrecido la práctica institucional doctrinal, judicial y administrativa, la interpretación está impregnada de actividades adscriptivas y creativas: las actividades previas a la interpretación (calificación de objetos como normativos y pertinentes), presupuestas por la interpretación (calificación de las clases normativas y los tipos de normas) e integrantes de la interpretación (clasificación y valoración de los argumentos), así como los principales problemas inherentes a los textos normativos (ambigüedad, complejidad, implicación y defectibilidad) y al fenómeno normativo mismo (indeterminación del Derecho y sus normas) exigen actividades adscriptivas y creativas por parte del intérprete. Los problemas relativos a la indeterminación de las normas y el propio Derecho demuestran que las normas no

Relaciona ÁVILA²⁹⁹ o tema da segurança jurídica - considerando-a pelo ângulo de uma “norma-princípio fundada em normas constitucionais” (“uma prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório”) – “a um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção”, denotando “um *juízo prescritivo* a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com *determinado ordenamento jurídico*”.

Para o autor,

“...pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.”³⁰⁰

tienen un único contenido, no proporcionan una única solución, ni tiene un ámbito de aplicación predeterminado. Por esta razón, la interpretación no se puede realizar exclusivamente mediante estructuras lingüísticas, ni admite una simple descripción de significados. El intérprete, en razón de la indeterminación, necesita construir normas a partir de disposiciones y definir ámbitos de aplicación mediante la inclusión de hechos o actos en una clase de hechos o actos, incluso en nivel abstracto, considerando casos paradigmáticos reales o ideales. Dicho de otro modo, la indeterminación impide que el intérprete lleve a cabo únicamente interpretaciones cognitivas y le exige que también realice interpretaciones decisorias y creativas, construyendo normas y delimitando ámbitos de aplicación. Como afirma Guastini: «(...) la equivocidad y la indeterminación del significado exigen una elección, cuyo origen solo puede ser la valoración». Esta constatación impide que se busque seguridad por medio de la supuesta descripción de contenidos normativos. La seguridad debe buscarse en una adecuada teoría de la argumentación. Solo el uso de las formas argumentativas es suficiente para demostrar lo que los textos legislativos significan.”.

²⁹⁹ ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, pp.127/140. Veja-se, ainda: “Por otro lado, se propone un concepto jurídico, no solo por estar basado en el ordenamiento constitucional e implicar prescripciones normativas específicas, sino además por no indicar elementos cuya verificación dependa de la previsión efectiva y factualmente observable de estados de hecho, como sucede en los conceptos fácticos y empiristas, pero que connote propiedades cuya controlabilidad depende de la observancia de determinadas condiciones teóricas capaces de indicar una potencialidad para promover un determinado estado de cosas. Se trata, por así decirlo, de una «seguridad jurídica de hecho» que, sin embargo, depende de «condiciones normativas teóricas» que abarcan aspectos semánticos y argumentativos”. (ÁVILA, Humberto. *Indicadores de seguridad jurídica cit.*)

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica *cit.* p. 286. E acrescenta: “Nessa definição, cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade. A confiabilidade, por sua vez, denota um estado de coisas em que os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados por meio do Direito, graças à existência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico. Ainda, a calculabilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos têm, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios ou alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, por meio da anterioridade e da continuidade das modificações e da força vinculante das suas normas, gerais ou individuais.” (p. 287).

Desde essa perspectiva prescritiva³⁰¹ (norma-princípio), ÁVILA também relaciona a segurança jurídica ao modo como se exercem as funções dos poderes de Estado: uma segurança jurídica como o estado de coisas que se apresenta quando os três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) cumprem com a exigência de levar a cabo suas funções de maneira a prover pessoas, físicas e jurídicas, de *confiabilidade*³⁰² e de *calculabilidade*³⁰³ jurídicas que lhes permitam o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações.

Diz o autor que, para que haja *confiabilidade* e *calculabilidade* é necessário que se assegure a *cognoscibilidade*, é dizer, a possibilidade de compreensão do conteúdo das normas (reconstruídas por estruturas argumentativas) desde uma perspectiva material e intelectual (cognoscibilidade dos textos normativos e de seu significado, é dizer, das normas, em especial de suas “estruturas argumentativas reconstrutivas”³⁰⁴).

Os três pilares da segurança – segundo ÁVILA – estariam vinculados de tal modo que um não funcionaria sem o outro, havendo um *nexo de pressuposição* ou *vínculo de reciprocidade* entre eles. Nesse contexto, para ÁVILA,

“... se segurança é a síntese dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas, alcançada por meio de instrumentos garantidores de acessibilidade, de abrangência, de inteligibilidade, de estabilidade, de continuidade, de anterioridade e de vinculatividade do ordenamento jurídico, e essa síntese, em vez de um ponto, é um *espectro abrangente* a ser gradualmente atingido de fato por meio da fixação de critérios, parâmetros e procedimentos claros, os impedimentos ontológicos para a busca da segurança jurídica desaparecem, e a justificativa para o seu estudo ressurgem, intacta, diante do investigador”.³⁰⁵

ÁVILA³⁰⁶ sustenta – e isto já se abordou de algum modo no Capítulo I.1 deste trabalho -, quanto ao caráter da compreensão do objeto da segurança jurídica, que se pode distinguir entre uma linha de “concepção unívoca” do conteúdo de uma norma ou – a depender da base *iusfilosófica* quanto ao conhecimento do direito - do “procedimento racional [processo argumentativo] para a (re)construção de uma norma”: no primeiro caso, a segurança repousaria

³⁰¹ “Esse conceito é também normativo no sentido de que, em vez de meramente apresentar a segurança jurídica como algo desejável, descreve-a como uma prescrição para a adoção de comportamentos que aumentem o grau de promoção de determinados estados de coisas”. (*Ibidem*, pp. 105/106).

³⁰² Em especial pelo respeito à coisa julgada, aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito e por uma razoável estabilidade.

³⁰³ Suposto que - admitidas alternativas interpretativas possíveis ou plausíveis aos textos normativos - seja possível prevê-las, em especial seja possível prever as alternativas possíveis de interpretação dos órgãos decisores, o que dependeria de instrumentos de “controle racional da arbitrariedade interpretativa”.

³⁰⁴ Aqui está suposta a distinção entre proposição e norma. A cognoscibilidade das normas, nessa concepção e nas palavras de GUASTINI, remete ao tema da interpretação “guiada por métodos interpretativos e estratégias argumentativas conhecidos e controláveis intersubjetivamente”.

³⁰⁵ Cfr. ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, p. 90.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 164/170.

na possibilidade de “conhecer e de antecipar *exata e totalmente o seu único resultado*”; no segundo, o das linhas compreensivas de uma concepção alternativa, a segurança repousaria na possibilidade de “conhecer e de antecipar *uma gama de resultados alternativos genéricos* compatíveis com o texto normativo”.

Sobre o caráter da “compreensão do objeto da segurança jurídica”, ÁVILA aponta não ser o caso de adotar o objetivismo semântico e parece alinhar-se a um modo de concepção alternativa (“concepção determinável da interpretação”) ao ressaltar a indeterminabilidade – em menor ou maior grau – dos conceitos contidos nas regras/normas que - linguisticamente vertidas - admitiriam vários possíveis significados cujos “núcleos de sentido”, entretanto, não sofreriam de uma indeterminação radical, mas seriam controláveis intersubjetivamente (desde um ângulo geral, determinados pela jurisprudência e pela doutrina; desde um prisma individual, pelo contexto normativo e fático do caso)³⁰⁷, pelo que – para ÁVILA - seria preferível falar-se não em “determinação” e “previsibilidade”, mas em “determinabilidade” (capacidade de conhecer os sentidos alternativos da norma”) e “calculabilidade” (“capacidade de controlar os sentidos alternativos das decisões normativas futuras”).

Nesse prisma, diz o autor,

“Segurança jurídica [...] é a garantia de que o cidadão possa conhecer e calcular as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a atos ou fatos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se *dentro* daquelas alternativas reduzidas e antecipadas. Sua previsão é bem sucedida não quando o significado finalmente atribuído pelos órgãos decisores é exatamente aquele único antecipado, mas quando a decisão antecipada se enquadra no *âmbito* das alternativas interpretativas antecipáveis e nas consequências abstratamente previstas. (...) Essa última aceção é a mais acertada diante da impossibilidade de se adotar uma concepção unívoca de sentido. Isso significa, porém, que o eixo central da segurança jurídica deixa de ser propriamente a previsibilidade contenciosística para passar a ser o da controlabilidade decisional. Deixa-se o binômio ‘previsibilidade vs. determinação’ em favor do binômio ‘controlabilidade vs. não-arbitrariedade’”.

Trata-se – conforme destaca o próprio autor - de uma noção de segurança jurídica que não se reduz a uma análise conceitual factual-empirista “cuja verificação depende da previsão efetiva e factualmente observável”, mas que supõe “um conceito normativo que conota

³⁰⁷ Acresce ÁVILA: “... de um lado, o caráter argumentativo do direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional.” (*Ibidem*, p. 189).

propriedades cuja controlabilidade depende da observância de determinadas condições teóricas capazes de indicar uma potencialidade para a promoção de determinados estados de coisas”.³⁰⁸

Ocorre que ÁVILA, mesmo criticando a redução da segurança ao seu aspecto de previsibilidade (em GOMETZ, diz o autor, abrangeria apenas aspectos “do presente ao futuro”, e em especial quando adotada uma perspectiva conteudística meramente empírico-descritiva), acaba por ofertar um plano de análise³⁰⁹ da segurança jurídica que – reconheça-se embora muito mais complexo e abrangente³¹⁰ - aponta também para funções e fins que a segurança jurídica instrumentalmente auxiliaria a promover, os quais estariam especialmente relacionados à liberdade e à dignidade, consideradas estas, todavia, desde um ângulo *iusfilosófico*, segundo o próprio autor, tanto *iuspositivista* como também - porque fulcrada na argumentação - pós-positivista³¹¹, sem pressupor, portanto, uma genuína fundamentação onto-metafísica para o agir prático e, logo, para os âmbitos normativos da moral e do direito (da relação entre eles, inclusive).

Para ÁVILA,

“...liberdade significa [...] a possibilidade de plasmar a própria vida de acordo com os próprios projetos”, [e a] “...segurança jurídica adquire, pois, caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior a capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro conforme aos seus ideais”.³¹²

Essa correlação entre segurança e uma liberdade não onto-metafisicamente condicionada se indicia não só pela compreensão de direito que ÁVILA aponta encampar, mas

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 105.

³⁰⁹ Ávila, por meio de um enfoque analítico, ressalta que as diferenciações entre os planos de abordagem da segurança jurídica (como fato, valor ou norma-princípio) “não elimina o seu relacionamento concreto ou mesmo a sua inter-relação semântica”. (*Ibidem*, 129).

³¹⁰ *Ibidem*, pp.127/140. Ainda: “Quanto aos elementos do conceito de segurança jurídica, esta monografia se particulariza por defender um conceito diverso e mais complexo de segurança jurídica: em vez de analisar a segurança jurídica de forma parcial, isto é, como norma que visa a preservar apenas um ideal (de previsibilidade ou de estabilidade, por exemplo), uma dimensão (como princípio objetivo ou como direito fundamental) ou um aspecto (segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito, sob o Direito, de direitos, de um direito, por um direito ou como um direito), por exemplo, este trabalho procura apresentar e explicar o princípio da segurança jurídica como norma que se compõe de uma multiplicidade de ideais, de dimensões e de aspectos, a serem conjuntamente considerados, dependendo do contexto normativo em que a sua aplicação se insere. E, mesmo relativamente a cada um desses elementos, este trabalho propõe a modificação, não apenas na nomenclatura, mas também no conteúdo, dos estados ideais cuja promoção é determinada pelo princípio da segurança jurídica: em vez de determinação, cognoscibilidade; no lugar de imutabilidade, confiabilidade; em substituição à previsibilidade, a calculabilidade. E subjacente a toda essa concepção está uma compreensão do Direito não precisamente como um objeto dado, nem como um objeto a ser inteiramente construído, mas como uma atividade argumentativa reconstrutiva de sentidos normativos baseada em postulados hermenêuticos e aplicativos.” (*Ibidem*, p. 106)

³¹¹ *Ibidem*, p. 128.

³¹² *Ibidem*, p. 80.

pelos próprios fins a que se relacionariam, segundo o autor, os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, especialmente no que concerne “ao tipo de sociedade que se visa a constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam de sua configuração”³¹³. Diz ÁVILA:

“Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade e, de outro, os princípios relativos à atuação estatal”³¹⁴.

Afirmará, então, o autor:

“A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa ‘saber’ aquilo que ‘pode ou não fazer’ de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, ‘fazer ou não fazer’, de modo que possa ‘ser ou não ser’ aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. (...) Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade. (...) Daí, portanto, se poder afirmar que examinar a segurança jurídica é verificar que tipo de Estado, de cidadão, de sociedade e de valores se pretende constituir. Este trabalho é, sim, sobre segurança jurídica, mas também o é - este é o ponto - sobre liberdade, sobre igualdade e sobre dignidade...”³¹⁵

ÁVILA, ainda que sustentando uma noção de liberdade não onto-metafisicamente condicionada, não deixará de notar, citando GUSY, o paradoxo que a noção de liberdade (do liberalismo) implica para a segurança sob o ângulo da previsibilidade, é dizer, enquanto possibilidade de prever as escolhas de outros para plasmar as próprias. ÁVILA assim expõe:

“Eis o dilema: mais segurança significa mais liberdade; mais liberdade permite a existência e a proteção de um maior número de interesses por meio das normas jurídicas, o que, por sua vez, contribui para o aumento da complexidade do ordenamento jurídico. A segurança – eis o interessante paradoxo – gera insegurança.”³¹⁶

Ora, este paradoxo apenas existe se considerada a equivocada noção de liberdade cara ao liberalismo filosófico, que – e sobre isto já pudemos refletir no Capítulo I.2 desta tese - distorce a verdadeira noção de pessoa, de essência/natureza, de virtude e de vício, de fim/bem e de bem comum, a tudo relativizando para novamente objetivar (porque o anseio por legitimação não desaparece) apenas a um modo metodológico ou deontológico (uma objetividade não onto-metafisicamente fundamentada e, portanto, débil: ao cabo uma

³¹³ *Ibidem*, p. 106.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 106.

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 106/107.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 80/81.

subjetividade moral e jurídica). Neste ponto, ressoam fundamentais as contundentes críticas de CASTELLANO e SEGOVIA a respeito da liberdade do liberalismo, do voluntarismo, do personalismo ideológico, da transmutação do *ius* em uma faculdade do sujeito.³¹⁷

Ao cabo, ÁVILA oferece uma perspectiva prescritiva que – e isto assim se pode concluir - tanto quanto a ênfase na abordagem descritiva de fatos para um mais preciso juízo de prognose jurídica voltada à planificação da própria conduta, pode – porque legatária de uma noção de liberdade já não limitada pela forma do ente e implicante da rejeição (própria à *via modernorum* e catalisada pela pós-modernidade) da relação de fundamentação no *ser* de toda atividade prática (agir/fazer) e normatividade (moral e direito inclusas) – resultar em que não raro sejam desprezados aspectos fundamentais da juridicidade da segurança jurídica.

Com efeito, ao destacar a análise da segurança como “norma-princípio”³¹⁸ posta no âmbito de um determinado ordenamento (segundo o próprio autor, “uma *concepção juspositivista de segurança jurídica*”, conquanto também seja “argumentativa” e, assim, “pós-positivista” porque “sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente”) e desde um ângulo pelo qual se salienta a perspectiva *prescritiva* (um “dever-ser” para melhor “prever” um ser jurídico) - para a qual “a segurança jurídica (...) não significa a *possibilidade* de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, mas sim a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade” -, a perspectiva filosófica subjacente à abordagem se desvela eminentemente não onto-metafísica, estando a ela subjacente uma compreensão do direito “como uma atividade argumentativa reconstrutiva de sentidos normativos baseada em postulados hermenêuticos e aplicativos”.

A despeito das contribuições resultantes da aplicação do assim denominado método analítico (conforme modernamente concebido) – dentre eles o de apontar o caráter redutivista de uma ênfase da segurança sob um aspecto descritivo-empirista de previsibilidade - a perspectiva “prescritiva” e de “norma-princípio” de segurança jurídica de ÁVILA também parece encaminhar-se para o objetivo de aumentar/incrementar a previsibilidade de um *dever-ser* jurídico independentemente da relação com um conteúdo que possa ser onto-metafisicamente compatível com o justo. E esse enfoque – assim parece ser possível concluir -

³¹⁷ Tópico abordado no subcapítulo I.2 desta tese, ao qual nos reportamos.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, pp. 127 e ss..

estaria a pressupor ou a transigir com a admissão de uma subjacente perspectiva de uma “grande divisão” entre *ser* e *dever*, entre fato e valor, entre *physis* e *nomus*, com a admissão de critérios (subjetivos) de controle para fins de funcionalização da segurança jurídica que são, ao final, corolário de uma objetividade débil, é dizer, que se revelará meramente discursiva (“controlabilidade semântico-argumentativa do discurso prático do direito”³¹⁹), metodológica ou convencional.

Ou seja, está suposta uma concepção *iusfilosófica* que não destaca um objeto do sujeito cognoscente e que foca, ainda, em uma segurança por prescrição de critérios (subjetivos) que possibilitarão melhor prognose para a autonomia de pessoas físicas e jurídicas, pressupondo uma noção de liberdade que parece não se conciliar com a perspectiva onto-metafísica. ÁVILA, com efeito, declara defender uma conceituação à segurança jurídica que seria melhor expressada enquanto “segurança *no* Direito”:

“... é esta que melhor ilustra a compreensão de que a segurança jurídica não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação, porém um produto cuja existência, maior ou menor, depende da conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito.”³²⁰

O autor sustenta, portanto, que o conceito de segurança jurídica que propõe refletiria

“uma concepção semântico-argumentativa de Direito: em vez de compreender o Direito como algo total e previamente dado, a ser, por meio de um método discursivo, meramente descrito pelo intérprete ([o que ÁVILA denomina] concepção objetivista do direito), ou como uma mera atividade argumentativa não sujeita a qualquer limitação anterior ao seu processo decisional de realização (concepção argumentativa do direito), compreende-se o Direito em uma posição intermediária entre essas duas concepções, isto é, como uma prática reconstrutiva e situativa de sentidos mínimos cuja realização depende de estruturas jurídico-rationais de legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação”.³²¹

Nesse passo, segundo o autor, “... a transparência do controle semântico-argumentativo revela a necessidade de objetividade discursiva na transição do dispositivo à norma, e da norma à decisão”³²². Por essa senda ÁVILA propõe-se a,

“... por meio da formulação das antes referidas indagações fundamentais a respeito da segurança jurídica, fixar critérios intersubjetivos que permitam descobrir e controlar os comportamentos concretos cuja adoção provoca efeitos que contribuem para a promoção dos fins de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico, baseados na sua cognoscibilidade”.³²³

³¹⁹ *Ibidem*, p. 164.

³²⁰ *Ibidem*, p. 108. Para uma explanação mais detalhada do autor: *Ibidem*, pp. 146/154.

³²¹ *Ibidem*, p. 105.

³²² *Ibidem*, p. 108.

³²³ *Ibidem*, p. 108.

E ressalta:

“... se, no lugar da *objetividade semântica*, existente no conhecimento sem intuição ou sentimento de algo externo ao sujeito, da *objetividade metafísica*, presente quando há algo real no mundo, independente até do seu conhecimento, e da *objetividade lógica*, que surge quando há consistência formal e ausência de vagueza nas proposições, procurar-se um outro conceito de objetividade, verificável quando houver capacidade de controle relativamente aos elementos e ao funcionamento de determinada espécie normativa, poder-se-á, sim, falar em uma espécie de objetividade no trato dos princípios jurídicos: a *objetividade discursiva ou metodológica*, baseada na neutralidade e na igualdade no proceder interpretativo e aplicativo, como acentua Marmor, ou a *objetividade em sentido fraco ou modesto*, fundada em um discurso baseado em princípios públicos, intersubjetivos, e justificação das suas pretensões cognoscitivas, como sustenta Villa”.³²⁴

Daí que o próprio autor enfatizará o propósito de seu trabalho sobre a temática: “...um esforço contínuo de se construir meios intersubjetivamente controláveis, a fim de se promover a segurança jurídica”³²⁵.

É verdade que ÁVILA parece não recusar a vinculação da segurança jurídica ao conceito de direito³²⁶ e que, analisando a temática de uma recorrente e errônea - por vários autores sustentada – relação de oposição entre segurança jurídica e justiça, afirma que

“...a segurança jurídica também envolve um valor moral intrínseco relacionado com a justiça, e esta última também abrange tanto uma perspectiva geral quanto uma perspectiva particular”, [de modo que seria] “...melhor falar em *conexão* entre os princípios da segurança e da justiça do que propriamente em oposição”³²⁷, [bem assim que] “...a concepção de segurança jurídica, além de envolver todas as suas dimensões, deve ser materialmente vinculada a direitos fundamentais”.³²⁸

Da exposição do autor³²⁹, deduz-se que aceitar algum tipo de vinculação substancial entre segurança jurídica e direito/justiça não é o suficiente para atribuir operacionalidade à segurança jurídica, não se podendo prescindir nem da perspectiva analítica nem da dogmática, que definiria, em cada ordenamento e com contornos precisos, os aspectos e dimensões a serem adotados.

³²⁴ *Ibidem*, p. 132.

³²⁵ *Ibidem*, p. 713.

³²⁶ *Ibidem*, p. 145.

³²⁷ *Ibidem*, p. 709. E com a assertiva somente podemos concordar. Não é incomum encontrar autores que sustentam uma oposição entre segurança jurídica e justiça, citando institutos como a prescrição ou a intangibilidade de situações já consolidadas. Ora, é preciso sempre recordar que a segurança jurídica se integra à justiça (legal/geral), cuja pauta é a do bem comum, a que também se ordena a justiça particular. Vistas as coisas por esse ângulo, pode-se perceber não haver verdadeira oposição, mas um atuar da segurança como suporte para a consecução da própria justiça sob a guia do bem comum.

³²⁸ *Ibidem*, p. 708.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 144/146.

Que a consecução da segurança jurídica supõe a “forma de uma positividade” já o afirmamos, com apoio em DIP³³⁰, logo no primeiro parágrafo introdutório desta tese. E com base no mesmo autor salientamos não se tratar de uma forma qualquer, mas uma deferente à “juridicidade substantiva, que não se constitui, nem se determina sem harmonizar-se com uma ordem objetiva, superior e anterior à positividade: é dizer, a natureza de todas as coisas, a natureza de cada coisa e as coisas todas da natureza”.³³¹

Impõe-se reconhecer, de conseguinte, como condição necessária para a consecução de genuína segurança jurídica, uma concepção de “direito” que antes atenda ao sentido primeiro que toma a expressão, é dizer, seu analogado principal, a “coisa justa devida” (o objeto da justiça - primado analógico do direito sem cuja consideração não se faz possível a consecução de verdadeira segurança jurídica³³²), um “direito” cuja determinação supõe um método realista que compreende a realidade em sua dinamicidade sem desprezar seus primeiros princípios (e a isto se acenará no último capítulo desta tese), e uma concepção de ordenamento jurídico que impõe o respeito da positividade de leis e decisões à lei natural, seu fundamento próximo, e ao

³³⁰ “A segurança jurídica exige leis, porque, como visto, é fim *imane*nte do direito positivo dar tranquilidade à cidade – *temporalis tranquillitas civitas*–, e o direito normativo é mesmo ‘a única possibilidade de segurança jurídica’ (Arthur Utz), pois, com as leis, coordenam-se as liberdades e evita-se que estas degenerem e prevaleçam as dos mais fortes sobre as dos mais fracos –“*entre le faible et le fort c’est la liberté qui opprime et c’est la loi qui libère*” (Lacordaire). [...] Não pode haver segurança do direito, pelo direito e no direito da cidade, sem que haja segurança segundo o direito posto já com a instituição de uma ordem sólida de convivência, já na relação clara e precisa das condutas devidas, permitidas ou vedadas, já, por fim, na cominação das consequências jurídicas relativas a essas condutas. Esta é exatamente a missão que o direito natural impõe ao direito positivo, do qual se esperam derivar: (i) a segurança *do* direito –obtida com o ditado racional prévio expresso na normativa; (ii) a segurança *pelo* direito –a garantia de aplicação do direito e, segundo seja o caso, até mesmo da força: a eficácia jurídica exige, de comum, que as ordenações tenham incidência compulsiva; (iii) a segurança *no* direito –que é uma garantia do *status* jurídico em face de modificações arbitrárias (é dizer, irregulares, marginadas ou mesmo opostas das regras). Disso advém que as autoridades –os juízes também– devam atuar *não* segundo sua vontade, mas segundo as leis escritas: *ne*cesse est quod iudicium fiat secundum legis scripturam (S.Th., IIa.-IIæ., q. 60, art. 5). Era isto já lição de Aristóteles, no primeiro livro da *Retórica*: ‘muito especialmente corresponde às leis bem dispostas tudo determinar por si, enquanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível; em primeiro lugar, porque é mais fácil escolher um ou poucos que muitos de bom sentido e capazes de legislar e julgar. Depois, porque as leis se fazem depois de muito tempo de deliberar, ao passo que os juízos são de improviso, de maneira que é difícil que os juízes atribuam bem o justo e conveniente. E, sobretudo, porque o juízo do legislador não é sobre o particular, mas para o futuro e o geral, [ao passo que] o juiz julga acerca de coisas presentes e definidas, frente às quais cabe já a amizade e o ódio (...)’ (Bkk. 1354 b). E é de Cícero, *fortiter*, a sentença ‘*autoridade que se aparta da lei não tem valor de autoridade*’ –mas aqui devem ressaltar-se duas hipóteses: (i) as das leis positivas que se afastem do justo natural, e, pois, não são verdadeiras leis, e, sim, *legis corruptiones*, que, com serem iníquas e ofenderem o direito natural, não têm autoridade para obrigar –*iniustæ sunt, nec habent vim obligandi*; (ii) e as de outras leis positivas que são deficientes para dados casos –*in aliquibus casus deficiunt*–, e que, portanto, não se impõem segundo seu sentido literal, abrindo ensejo a que se recorra à equidade e à intenção do legislador –*recurrendum ad æquitatem, quam intendit legislator*–, porque ele ordenaria de outra maneira, se houvera previsto o caso (S.Th., IIa.-IIæ., q. 60, art. 5, *ad secundum*). (DIP Ricardo. Registro de Imóveis *cit.*, pp. 84/86.)

³³¹ DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 68.

³³² *Ibidem*, p. 28.

bem comum em seu escorreito sentido, fim da ordem política, não um “direito” “cuja existência [em si] depende do processo interpretativo e aplicativo”³³³.

Não apenas ÁVILA, mas outros autores, e isto já se mencionou no Capítulo I.1 desta tese, partindo de algum tipo de concepção argumentativa do direito, recusam a compreensão da segurança e da previsibilidade desde um ângulo meramente formal e sustentam, de algum modo, a importância do aspecto substantivo da segurança jurídica. LIFANTE VIDAL³³⁴, por exemplo, destaca que a questão crucial identifica-se com a estimação de qual a previsibilidade que se considera juridicamente valiosa, quais as expectativas que merecem ser juridicamente protegidas, o que permitiria redefinir a segurança jurídica em termos de proteção de expectativas razoavelmente fundadas dos cidadãos, é dizer, aquelas expectativas que devem ser consideradas legítimas à luz dos princípios e valores do próprio “direito”, um critério prescritivo de segurança jurídica que obrigaria a maximizar a previsibilidade afetando as expectativas jurídicas razoavelmente fundadas, superando-se, assim, critérios meramente formais para abranger aspectos concernentes ao conteúdo do direito (compreendido o termo, nessa perspectiva, como a regulação jurídica de que se trata). A autora destaca que

“... Cualquier análisis sobre las implicaciones de la seguridad jurídica debe entonces partir de la consideración de que se trata de un valor en la medida en que es un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos”³³⁵,

afirmando, ainda, que

“... no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de la justicia o injusticia del derecho del que se predica.”³³⁶

É preciso, entretanto, enfatizar, na linha de tudo o quanto até aqui se vai expondo, que esse tipo de compreensão, ainda que avessa ao positivismo normativista e ao formalismo interpretativo, está - porquanto não configurada a partir de uma fundamentação onto-metafísica (deferente à natureza das coisas e de cada coisa) - a meio caminho para prover genuína segurança jurídica, dependendo de uma preferência por valores ou ideais relativos que supõe, em verdade, a noção moderna (e também pós-moderna) de uma ruptura entre os saberes práticos e seu fundamento objetivo (com o próprio *ser*), aproximando-se da (senão expressamente

³³³ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, p. 152.

³³⁴ LIFANTE VIDAL, Isabel. *La relevancia de la previsibilidad jurídica cit.*, p. 150.

³³⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, p. 87.

³³⁶ *Ibidem*, p. 104. V., ainda: LIFANTE VIDAL, Isabel. *La relevancia de la previsibilidad jurídica cit.*, p. 150.

aderindo à) liberdade do liberalismo, perseguindo legitimação fundamentalmente por meio de algum objetivismo débil (discursivo, argumentativo, metodológico, etc.), assim por meio da “transparência do controle semântico-argumentativo”, o que implica a necessidade de uma proclamada “objetividade discursiva na transição do dispositivo à norma [aqui está suposta tanto a distinção entre proposição e norma proclamada por vertentes analíticas quanto uma certa modalidade de construtivismo interpretativo, questões a que voltaremos a aludir no Capítulo III desta tese, quando se relacionará, em largos traços, o tema da segurança jurídica ao da interpretação] e da norma à decisão”³³⁷, uma “objetividade” já construída discursivamente e sempre dependente dos indivíduos, dos sujeitos. Portanto, apenas metodológica ou débil: ao cabo, desde o ângulo ontológico, uma subjetividade jurídica.

Tudo o até aqui exposto conduz a que tanto concepções de segurança que se reduzem ao seu aspecto de previsibilidade (sob um enfoque empírico-descritivo) quanto as que (prescritivamente) perseguem previsibilidade/calculabilidade por meio de uma “segurança de critérios” (subjetivos) a ser construída argumentativamente³³⁸, porque destituídas de um fundamento onto-metafísico, revelam-se falhas para os fins de prover genuína segurança jurídica, que não pode prescindir, se verdadeiramente aderente à integral estrutura do real, de uma juridicidade da segurança onto-metafisicamente fundada.

Alcançado o ponto, pode-se afirmar que, se não se fazem suficientes à segurança jurídica e à previsibilidade abordagens que maximizem desmedidamente aspectos fático-descritivos em detrimento de elementos tão ou mais importantes que integram a própria noção de uma segurança jurídica que se entenda como suporte da justiça e do bem comum, tampouco cumprem o desiderato abordagens prescritivas que - olvidando a fundamentação objetiva de toda normatividade, também da jurídica - busquem uma “segurança de critérios” (subjetivos) estruturante e normatizante com a finalidade de propiciar uma melhor previsibilidade/calculabilidade de um ser jurídico futuro e contingente.

Convém recordar que, no contexto ibero-americano e desde uma visão *iusfilosófica* que também olvida uma genuína base onto-metafísica³³⁹, surgem propostas metodológicas que

³³⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, p. 108.

³³⁸ V. ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica *cit.*, pp. 88/90. Ainda: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*

³³⁹ V. CRUZ MORATONES, Carles, FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina e FERRER BELTRÁN, Jordi (eds.): *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Marcial Pons, Madrid, 2015. Na introdução (“*Devolver la seguridad jurídica a los debates*”), os organizadores expõem (p. 14): “*Esa recuperación de la seguridad jurídica debería concebirse tanto como objeto de estudio cuanto como mecanismo de evaluación de los resultados obtenidos en materias tan diversas como la expansión de las libertades reales de las personas, la mejora de la*

se utilizam de instrumentos conceituais para estudos técnico-práticos que buscam a formulação de indicadores de segurança jurídica (uma metodologia de formulação de Indicadores de Segurança Jurídica – ISJ), com o declarado intuito de recolher aspectos da qualidade do direito, do funcionamento da justiça e de governança, a fim de possibilitar uma melhor compreensão da realidade jurídica e institucional, com aplicação para a análise e avaliação da segurança jurídica dos diversos sistemas jurídicos, o que permitiria orientar a tomada de decisões visando à correção dos problemas correlatos à segurança jurídica ou à realização de escolhas melhor informadas. A utilização dos “ISJ”, defendem BELTRAN e BLANCO, apresentaria como vantagem a capacidade de traduzir de forma mais simples - em linguagem corrente, ou numericamente - fenômenos muito complexos.³⁴⁰

Sobre os indicadores, afirma ÁVILA:

“Antes se ha definido la seguridad jurídica, en cuanto clase normativa, como principio y, como tal, exige la realización de un estado de cosas cuya promoción gradual depende de la adopción de determinados comportamientos. De este modo, existe una cadena de elementos que hay que considerar: el principio de seguridad jurídica impone la realización de estados ideales (de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad); la promoción de esos estados ideales depende de la existencia de condiciones de hecho; la existencia de esas condiciones de hecho depende de la adopción de comportamientos; la adopción de comportamiento está determinada

*actividad económica o la disminución de la corrupción. La importancia de recuperar la seguridad jurídica, contra lo que suele pensarse, no redundará sólo en beneficio de inversores y corporaciones; muy al contrario, su presencia es imprescindible para una efectiva protección de los derechos de todos, así como para un funcionamiento adecuado de la democracia. Un concepto amplio como este de seguridad jurídica se refleja en las palabras de Gianmarco Gometz en su trabajo, que la entiende como «la posibilidad difundida de prever la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser espontánea o coactivamente conectadas a actos o hechos, así como al ámbito temporal en el cual tales consecuencias jurídicas se producirán». De este modo, el fortalecimiento de la seguridad jurídica redundará en la mejora de la autonomía individual, del bienestar social, del funcionamiento del sistema democrático y del desarrollo humano y económico”. Ainda, ÁVILA: “En virtud de lo expuesto se concluye que, para promover la seguridad jurídica, no basta con examinar uno de sus aspectos y, a partir de él, presentar uno o alguno de sus indicadores. Como la seguridad jurídica implica la promoción de un conjunto de estados ideales que se exigen mutuamente y deben coordinarse de forma conjunta, será necesario presentar un conjunto de indicadores. Estos indicadores, además de referirse a los estados de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del Derecho, también deberán referirse al carácter argumentativo del Derecho. Si antes se pensaba que eran suficientes las exigencias de legalidad e irretroactividad para promover de forma satisfactoria la seguridad, en la actualidad, dichas exigencias se revelan teóricamente insuficientes: como no son las reglas las que definen su contenido y su modo de aplicación, sino una práctica argumentativa racional, coherente, consistente y transparente que permita la adecuada comprensión de la forma cómo se reconstruyen los sentidos de las disposiciones, debe modificarse el concepto de seguridad jurídica y, con él, sus indicadores. En especial, se debe pasar de una concepción de seguridad jurídica que la entiende vinculada al mero acceso a disposiciones legales o al contenido supuestamente determinado de normas a una concepción vinculada no solo a exigencias de transición, sino, principalmente, a criterios intersubjetivos que necesariamente deben utilizarse en el proceso discursivo que transforma las disposiciones en normas jurídicas. La seguridad jurídica deja de esta forma de ser garantía de contenido que se encuentra mediante factores exclusivamente lingüísticos para transformarse en garantía de respeto que se construye mediante elementos semánticos, aunque también argumentativos. Este es el desafío.” (ÁVILA, Humberto. *Indicadores de seguridad jurídica cit.*)*

³⁴⁰ V. FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina e FERRER BELTRÁN, Jordi. *Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica. In Cruz Moratones, Carles, Fernández Blanco, Carolina e Ferrer Beltrán, Jordi (eds.): Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 243/283, em especial pp. 245/247.*

*indirectamente por el establecimiento concreto de reglas (decisiones) o directamente por la previsión abstracta de reglas que concretan el principio de seguridad jurídica. Estos elementos (comportamientos → condiciones de hecho → estado de cosas → seguridad jurídica) componen la estructura del principio de seguridad jurídica. Se puede afirmar que la seguridad jurídica es una norma jurídica que determina la adopción de comportamientos humanos que provoquen efectos que contribuyan, demostrada o presumiblemente, a la promoción de un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del Derecho. Como consecuencia de todo ello, los indicadores de la seguridad jurídica serán justamente las condiciones —requisitos, criterios, parámetros— que pueden definirse de forma previa y abstracta como adecuadas y necesarias para el aumento, demostrado o presumible, de los estados de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del Derecho”.*³⁴¹

No contexto de correntes filosóficas não aderentes a um fundamento onto-metafísico para a normatividade (e, logo, para o direito e para a moral), no específico âmbito da controlabilidade da motivação/argumentação judicial, vertentes da *iusfilosofia* (também sob a influência da *iusfilosofia* analítica e da linguagem) – sem a pretensão de ofertar um método para se encontrar a solução correta/verdadeira para um problema jurídico (sequer admitida como existente para determinadas vertentes) - buscam construir teorias prescritivas da argumentação e do raciocínio jurídico que ao menos permitiriam o controle externo e interno da justificação/motivação da decisão³⁴²; em outras palavras, teorias prescritivas³⁴³ que – supondo

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Indicadores de seguridad jurídica cit.*

³⁴² “... la teoría del razonamiento jurídico no tiene la pretensión de proporcionar un método para individualizar una única solución correcta para el caso —incluso admitiendo, por amor a la discusión, que una solución de este tipo exista realmente—. La teoría se contenta con elaborar instrumentos útiles para constatar si la justificación de la decisión es correcta. Por lo tanto, ¿qué tipo de control permiten realizar estos instrumentos teóricos? En primer lugar, permiten realizar un control interno de la motivación. Una vez explicitadas las premisas decisionales, en sus diversos niveles de desarrollo, e individualizadas las reglas inferenciales aceptadas en el contexto considerado, un modelo de razonamiento bien elaborado permite determinar si la conclusión está o no justificada. Los dos pasos cruciales propedéuticos de este tipo de control consisten en hacer explícito lo que está implícito en las palabras de la motivación, evidenciando los presupuestos no declarados del razonamiento, y en identificar las reglas de inferencia utilizadas, describiendo sus características lógicas y/o retóricas peculiares. En segundo lugar, permite realizar un control externo de la motivación. Como hemos apenas mencionado, el análisis del razonamiento jurídico permite arrojar luz sobre las premisas implícitas que constituyen la motivación y, de esta manera, también sobre las elecciones que el juez realiza independientemente de lo que explícitamente ha declarado. Al mismo tiempo, este análisis muestra si la conclusión que el juez propone se sigue necesariamente de las premisas establecidas o si tal conclusión es solamente posible, probable, aceptable o ausplicable, es decir, carente de un soporte racional de cualquier modo concebido. De esta manera, las premisas de la decisión, y el razonamiento exhibido para justificarla, son ofrecidas a sus destinatarios y a la sociedad para su juzgamiento. Desde este punto de vista, por lo tanto, la teoría del razonamiento jurídico cumple la promesa de desempeñar una función crítica, aunque dentro de los límites indicados, en relación con el ejercicio de los poderes institucionales.” (CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico*. In *En busca de lo implícito: ensayos sobre razonamiento e interpretación del derecho*; editor Diego Moreno Cruz ; traducción Pedro Caballero Elbersci [y otros tres]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019, pp. 56/57).

³⁴³ “Los modelos que la teoría del razonamiento jurídico elabora no se limitan a describir cómo los operadores jurídicos razonan de hecho. Estos explican más bien —con referencia al contexto de un ordenamiento jurídico o de una familia de ordenamientos— bajo qué condiciones resulta justificada la conclusión de un razonamiento jurídico. Dicho de otra manera, la teoría del razonamiento jurídico elabora modelos de aceptabilidad racional de las decisiones en un contexto institucional determinado, los cuales consienten definir un método para controlar la actividad decisional de quienes ejercen un poder público. Esto explica por qué la teoría del razonamiento jurídico tradicionalmente ha focalizado su propia investigación en la motivación de las decisiones judiciales. Si bien el razonamiento jurídico es un fenómeno social que involucra una pluralidad de sujetos, dicho fenómeno adquiere una importancia particular en la justificación de la sentencia de un juez. En el contexto del Estado

que as atividades interpretativa e de tomada de decisão substanciam, essencialmente, eleições discricionais realizadas pelo juiz - permitam apontar sob que condições restaria “racionalmente justificada” (e, no ponto, essas teorias comportam muitas variantes) a motivação emprestada à decisão, não somente desde o ponto de vista da coerência lógica, mas também – por uma exigência de previsibilidade - da coerência da interpretação no tempo e, ainda, por sua coerência axiológica.

Desde a ordem de ideias até aqui exposta, pode-se dizer que tanto a ênfase exagerada em uma previsibilidade (empírico-descritiva), ou de sua própria identificação com a segurança (tomando-se a parte pelo todo), quanto a ênfase em uma controlabilidade por critérios construídos e intersubjetivamente compartilhados – comungando de uma visão cosmológica e científica ou bem de base positivista-empirista ou bem pós-positivista construtivista e/ou procedimentalista, mas sempre supondo a rejeição de um fundamento genuinamente objetivo para toda normatividade -, não permitem possam ser alcançados genuínos níveis de segurança jurídica. A despeito da utilidade parcial que possam ter, tampouco propostas metodológicas que – desprezando a fundamentação objetiva da normatividade jurídica – promovam estudos técnico-práticos para a formulação de indicadores de segurança jurídica, falharão no intuito dessa medição. Similarmente, possam embora incrementar a previsibilidade, teorias que busquem, sem a referida fundamentação onto-metafísica, a análise crítica das condições sob as quais supostamente se justificaria a fundamentação de uma decisão, não permitiriam controlar o arbítrio decisório.

À guisa de conclusão deste capítulo, se um formalismo exacerbado busca, em vão, uma segurança conteudística por critérios formais subjetivos, uma segurança que se reduza ao seu aspecto de previsibilidade (sob o enfoque empírico-descritivo) ou uma “segurança de critérios” meramente convencionados (a ser construída argumentativamente), porque destituídas de um fundamento onto-metafísico, revelam-se falhas para os fins de prover genuína

*constitucional de derecho, la sentencia judicial constituye el momento en que se juega, por antonomasia, el respeto de los principios de legalidad, igualdad y separación de poderes . El juez, al emitir la sentencia en relación a un caso concreto, aplica la ley conforme a derecho o comete un error en su nombre en el caso de que su decisión no sea conforme a derecho. Cuando se verifica lo segundo, el juez ejerce su poder de modo ilegítimo, con el resultado de que casos iguales son decididos de modo diverso y el ciudadano pierde cualquier posibilidad de defensa respecto al arbitrio judicial. Por lo tanto, la justificación de la decisión del juez constituye un elemento clave para controlar —dentro de algunos límites que lo posibiliten, como veremos— si dicha decisión respeta o no los principios mencionados precedentemente. (Ibidem, p. 19). Veja-se, ainda, COMANDUCCI: “...la teoría del derecho contemporánea ha elaborado teorías prescriptivas, o ha construido modelos axiológicos relativos a la interpretación, y sobre todo a la justificación de la interpretación”. (COMANDUCCI, Paolo. *La interpretación Jurídica*. In Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti (ed.) - *El realismo jurídico genovés* - Marcial Pons (2011), pp. 51-70, p. 65.*

segurança jurídica, a qual, de par com a “seguridade da segurança jurídica” (*ius certum*), exige a “juridicidade da segurança jurídica” (*ius aequus*).

Pode-se, assim, desde logo indicar-se que, sem ignorar a importância dos “fatos” (mas também sem reduzi-los a uma noção de “fato empírico”) e sem desconsiderar a importância de um caráter prescritivo de critérios ontologicamente fundados na natureza das coisas e de cada coisa em prol de um estado ideal de segurança, certeza e previsibilidade a ser buscado, a perspectiva *iusnaturalista* clássica (marcadamente aristotélico-tomista) – à vista de não ser “consistentemente justa uma situação instável”³⁴⁴ – busca realizar, tanto quanto possível, o anseio de segurança e certeza no direito, compreendendo, porém, que a segurança jurídica – também nas relações econômico-empresariais - é bem mais do que previsibilidade de um qualquer *ser* jurídico futuro e contingente ou a observância de critérios intersubjetivos para sua melhor previsibilidade/calculabilidade/determinabilidade, abarcando e transcendendo esses aspectos para que a segurança realize-se objetivamente fundada na lei natural conformadora do agir/fazer, que se conhece à luz do intelecto em suas funções teórica e prática (esta última uma extensão da função teórico-reflexiva³⁴⁵), e disposta à realização do bem comum e do bem real humano.

Reconhece-se, assim, uma razão prática que supõe um princípio primeiro formal - fazer/agir/perseguir o bem - cuja razão de fim se dá segundo o bem real humano e, no âmbito especificadamente social, político e jurídico, com observância da promoção do bem comum em sua correta aceção: uma lei natural revestida pelo hábito da *sindérese*³⁴⁶, hábito dos primeiros princípios da razão prática, os quais, em suas aplicações contingentes reclamam a concreção tanto pela via dedutiva como pela indutiva, não se negligenciando, neste *iter*, os tópicos da tradição³⁴⁷ (e não se olvide “...que o valor da tradição depende do *ethos* virtuoso”³⁴⁸) nem a

³⁴⁴ V. DIP, Ricardo, *Segurança Jurídica cit.*, pp. 53/54.

³⁴⁵ V. AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2, *respondeo*.

³⁴⁶ “... pode conceituar-se a *sindérese* hábito natural –e só em sentido parcial e potencial inato do intelecto– que dispõe, de modo estável, para o conhecimento dos primeiros princípios da razão prática; ou, noutros termos: hábito operativo, estrito, cognitivo e intelectual prático, que tem por objeto os primeiros princípios da razão prática (ou primeiros princípios da lei natural -cf. Van Acker, p. 264)”. (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural*, 1ªed. São Paulo: Editorial Lepanto, p. 90)

³⁴⁷ V. DIP, Ricardo, *Segurança Jurídica cit.*, pp. 32/37.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 36. Mas recorda DIP que o critério de validade da tradição não se confunde com o fato de sua vigência, asseverando: “Tanto pela preposição *trans* (além de, etc.), quanto pelo termo *dō* (dar), a palavra *traditio* significa algo que transita de alguém, ou de algo, para além; alguma coisa que se dá ou se entrega de um lado a outro (que a recebe). Esse dinamismo essencial do significado de *traditio* é relevante para acentuar o erro no entendimento que reserva ao termo “tradição” a nota, *simpliciter*, de estaticidade, regressismo ou conservação onímoda. A tradição é um movimento —o que supõe tempo—, o trânsito de algo (i.e., o que lhe dá conteúdo) de um termo ou sujeito (*a quo*) a outro (*ad quem*). Sucedendo-se as entregas —ao largo da história—, a tradição, bem por isso, não é formalmente estática, mas, por definição, dinâmica. Além disso, não é por essência que a tradição induz ao

experiência (note-se: um conceito de experiência que embora se inicie com os dados apreendidos pelos sentidos, a eles não se reduz [não se reduz a uma perspectiva empirista], considerando, ainda, a continuidade da apreensão das essências pela atividade intelectual e um voltar-se novamente ao concreto após a abstração)³⁴⁹, o que deixa à luz seu estreito laço com a virtude intelectual da prudência (que aperfeiçoa a razão para o agir concreto e impera o bem próprio das virtudes morais, da justiça inclusive)³⁵⁰ e, logo, com as prudências (também a política, jurídica e econômica) e com a sua (quase) parte integrante principal, a providência, a qual dispõe racionalmente para a ordenação correta das ações presentes, uma ordenação necessária à “retidão da deliberação, do julgamento e do preceito, sem os quais não pode haver uma ordem reta em relação ao fim”³⁵¹, de modo que tanto o legislador quanto o julgador prudente – também quando atuam em alguma modalidade de regulação econômico-empresarial

regresso a (fórmulas do) passado ou à conservação de todo o pretérito; neste ponto, impõe-se distinguir as diversas tradições humanas. Com efeito, a tradição não está isenta da instância ética, de sorte que não é pela só forma — como se estivesse à margem dos critérios próprios da verdade e do erro, do bem e do mal — que ela se valora e autoriza. Desde logo, exigir a referência a seu conteúdo, àquilo que se entrega, àquilo que se transmite, afasta a legitimação da *traditio* pela mera ancianidade ou pela vigência histórica (ou seja, por sua mera “perpetuação sociológica”. (...) Do que segue, por manifesto, não ser a tradição autêntica todo o passado: o progresso, incluso o do conjunto do conhecimento, é perfeição sucessiva, não um mero acontecer histórico abdicado de princípios superiores; a reta e verdadeira tradição, assim, não é toda a acumulação da história, mas apenas aquela parte do passado que, em palavras de Víctor Pradera, ‘qualifica suficientemente os fundamentos doutrinários da vida humana de relação’, vale dizer, é ‘o passado que sobrevive e tem virtude para fazer-se futuro’. Tal o registrou Alfredo Sáenz, ‘el auténtico tradicionalista no acepta el pasado por el mero hecho de ser pasado, sino en cuanto tiene de acierto’. Mas um passado, enquanto vivo e criticamente qualificado para o tempo futuro, é um estar de novo e, por sua permanência, um *topos* argumentativo, em particular um *topos* não só para a argumentação prático-prudencial, mas também para a *via inventionis* da ciência jurídica.” (*Ibidem*, pp. 35/37)

³⁴⁹ : “(...) tal como o *intellectus principiorum* apreende, de maneira imediata e evidente, o ser e seus princípios (de não contradição, de razão suficiente, de causalidade e de identidade), também o hábito da *sindérese* apreende, de modo imediato e evidente, o ser como *bonum* para a ação, tornando-o apetecível para a vontade; a *sindérese capta*, pois, o bem ou fim último e os primeiros princípios normativos do *appetitus naturalis*, que é o hábito pelo qual a vontade se inclina ao bem (cf. Derisi, p. 50 *et sqq.*). Todavia, isso não exaure a atividade da razão prática, que deve ainda descender a ações humanas que têm muito de contingente, exigindo um juízo desenvolvido à luz de circunstâncias concretas, o que reclama o concurso de um outro hábito cognoscitivo do bem humano: a virtude da prudência. Nada obstante se incline o homem ao bem como a seu fim, calha que o bem está para as coisas, do mesmo modo que o verdadeiro está para o conhecimento, e dá-se que os homens podem ser induzidos ao falso pela aparência de verdade, tanto quanto a vontade levada ao mal pela aparência de bondade (*S.th.*, II-II, 172, 6)”. (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural cit.*, pp. 101/102).

³⁵⁰ “A prudência é a “*Recta ratio agibilium* (= a reta razão no agir). Uma das quatro virtudes cardeais (...) é um hábito operativo, radicado na razão prática, cuja função específica é a de imperar o bem próprio de cada virtude moral em ordem a ações singulares e contingentes.” (V. DIP, Ricardo. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica cit.*, p. 275). Veja-se: *S.Th.*, II-II, q. 47. Confira-se, ainda: V. VEIGA, Bernardo. A prudência na filosofia de Tomás de Aquino. *Aquinate*, n. 27 (2015), 74-80. Diz VEIGA: “Ela é uma virtude especial pela sua dualidade, por ser propriamente intelectual, mas está voltada para o agir. A prudência não determina os fins para a ação, mas os meios mais convenientes para o agir virtuoso, como e por quais caminhos o homem deve realizar uma ação para atingir o meio-termo moral. Ela possui três atos: deliberar, que compete à investigação; o julgamento sobre o deliberado; e o comando sobre o julgado, que consiste no principal ato da prudência, porque está mais próximo do agir”. (p. 75)

³⁵¹ V. AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica*. II-II, Q. 49, a. 6, Ed. Loyola, - 4ª ed. – São Paulo, 2014, pp. 626/627.

- preveem os contingentes futuros para ordenar as ações presentes e, deliberando, agem, preceituam e julgam em vista da consecução da justiça.

CAPÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA, ECONOMIA E REGULAÇÃO: UMA CONCEPÇÃO ONTO-METAFÍSICA.

II.1 - O FUNDAMENTO OBJETIVO DO CONHECIMENTO PRÁTICO E O FUNDAMENTO PRÓXIMO DE TODA NORMATIVIDADE.

No que concerne à temática da segurança jurídica, a despeito da relativa utilidade de aspectos de estudos, iniciativas e tendências teóricas descritivas empiristas ou propostas prescritivas de critérios subjetivos apenas metodologicamente construídos – argumentativa, discursiva e convencionalmente – para emprestar funcionalidade à sua efetivação prática, ou ainda propostas teórico-críticas ou retóricas relativas às condições sob as quais a argumentação jurídica estaria justificada e a decisão não seria arbitrária, é preciso constatar que se, por um lado, a previsibilidade/calculabilidade/controlabilidade empresta maior segurança para a planificação individual das eleições práticas e, de algum modo, relaciona-se com a liberdade e a dignidade, por outro não se pode desconsiderar que o incremento da capacidade preditiva nem de longe esgota o anseio por segurança jurídica, cuja consecução transcende perspectivas ou bem formalistas-normativistas (seja do ordenamento, seja do ato interpretativo), ou bem descritivistas-empiristas, ou bem, ainda, prescritivistas (com vistas a uma promoção de um estado de coisas que proveja uma mais eficaz capacidade preditiva) que olvidem tanto o fundamento (onto-metafísico) do conhecimento prático quanto o fundamento próximo de toda normatividade, necessários à reta ordenação das ações presentes, as legislativas, administrativas e judiciais inclusive.

GARDEIL³⁵² – com S. TOMÁS – aponta que é próprio à razão humana conhecer a ordem e que há uma ordem natural³⁵³ a qual, embora não estabelecida pela razão humana, é

³⁵² V. GARDEIL, Henri-Dominique, *op. cit.*, Introdução, pp. 61/62.

³⁵³ Ordem natural que - conforme bem recorda SILVEIRA, com S. TOMÁS - deve ordenar-se necessariamente, sob pena de incidir-se em aporia, a algo que está para além dela, sem o que nenhuma natureza haveria, pois nenhum ente criado pode autocausar-se. Daí afirmar S. TOMÁS que “a natureza é a razão de certa arte divina, intrínseca aos entes, que os faz mover-se por si mesmos a seu fim”, de modo que o natural se ordena àquilo que está necessariamente além de toda natureza - da qual é a causa e para a qual é o fim -, e que a transcende na ordem do ser e do agir, é dizer, ordena-se ao Próprio Ser Subsistente no qual participam todos os entes e que, Ato Puro, Causa Primeira e Fim Último, a nada se ordena por ser causa e fim de toda ordem. (Veja-se: SILVEIRA, S. Cosmogonia da desordem *cit.*, p. 262).

potencialmente apreensível e cognoscível. A ordem natural - diz CASTELLANO – “... *no depende de las elecciones humanas, de las convenciones, de la disposición de las cosas según un criterio voluntarista cualquiera. Depende más bien de la naturaleza y del fin de las mismas cosas, que el hombre encuentra, individua, conoce, pero no se la atribuye.*”³⁵⁴ O ser humano – racional e capaz de verdade - capta as essências e especula sobre a realidade (intelecto especulativo), conhecendo as coisas a fim de dirigir, regular, normatizar seu *agir* e *fazer* (intelecto prático).³⁵⁵

Já podemos destacar, no Capítulo I.2, especialmente com apoio em DIP e ORREGO SÀNCHEZ, que todo saber/conhecimento – especulativo ou prático – encontra seu fundamento no *ser* e que, no que concerne ao universo dos saberes práticos e, especificadamente, dos jurídicos, os saberes racionais do direito podem ser classificados como o comum (“percepção da evidência dos primeiros princípios da razão prática”), o artístico (técnico e estético), o prudencial (que desvela a coisa justa e determina a conduta social devida na concretude dos casos), o científico (que sistematiza questões singulares a partir de fundamentos universais) e o filosófico (que unifica os saberes jurídicos em vista da totalidade do real e de seus fundamentos universais, seus primeiros princípios ou causas). Também podemos apontar que esses saberes práticos compreendem saberes de *agere* (que implicam um ato humano livre, uma “práxis” em que se situam a ética e o direito) e o de *facere* (“práxis” produtiva, que encerra o utilitário [poiético/técnico] e o artístico).

MASSINI CORREAS³⁵⁶ expõe diferentes modos de conhecimento prático distinguíveis por níveis de profundidade ou intensidade, o que daria lugar à filosofia prática (considera o obrar humano enquanto operável e em suas causas primeiras [em especial, a final e a formal] universais e abstratas, com vistas ao bem que se deve dirigir a ação e que tem razão de fim, recordando que na ordem prática os fins cumprem a função de princípios), às ciências práticas (consideram o obrar humano enquanto operável não já em suas últimas causas, mas naquelas causas – final e formal - que guardam maior proximidade com a ação e em que já se

³⁵⁴ CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización. Apuntes para una breve introducción al problema*. Verbo, núm. 499-500 (2011), 811-816, p. 811.

³⁵⁵ “...o que se apreende, por primeiro, pela razão especulativa é o ente, extraindo-se princípios dessa apreensão evidente *in se* (‘uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto’), e o que, por primeiro, se apreende pela razão prática é o bem, apreensão da qual também se extraem princípios para agir, tão evidentes e indemonstráveis como o são os princípios da ordem especulativa. Assim, o cometido à razão prática não é, distintamente do que se passa com a especulativa, refletir ou especular os entes que conhece, mas realizar o bem, na ordem da ação, e o útil ou o estético na ordem do fazer.” (V. DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 105).

³⁵⁶ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento practico cit. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 187 e ss.*

revelam circunstâncias gerais, não em sua total concreção, que condicionam a ação humana), e ao conhecimento prudencial (que considera o obrar humano naquilo que tem de singular e irrepetível, substanciando o ato de razão humana mais próximo da ação contingente e no qual culmina todo o saber prático, o do último juízo prático pelo qual se decide já diante da concretude das circunstâncias).

Atingir o âmbito dos fins de todo ente racional e da comunidade política em geral, perseguir verdadeiramente o bem comum e promover a segurança jurídica em geral (e a econômico-empresarial em particular) exige – sem desprezar algumas importantes contribuições extraíveis dos enfoques antes mencionados (que correspondem a concepções sobre segurança jurídica não onto-metafisicamente fundadas) - a consideração do problema sob uma adequada perspectiva filosófica, é dizer, na qual se pondere a nota distintiva da natureza/essência do ser humano, sua racionalidade (que é, a um só tempo, teórica e prática), e o que de fato seja seu fim, que é também o seu bem, atraindo, enfim, a abordagem do problema da segurança segundo uma ética das virtudes e uma política para o verdadeiro bem comum³⁵⁷, âmbito em que se insere uma economia moralmente orientada, tudo a supor uma escorreita noção de ordem e de fim da atividade prática humana³⁵⁸, o que obviamente põe em questão as concepções filosóficas que informam certas teorias, em especial aquelas para as quais a compreensão de que *ser* (metafísica), *conhecer* (gnosologia) e *agir/fazer* (âmbito em que se

³⁵⁷ “Referindo-se ao fim do Estado ou à ‘prosperidade pública’ – o que vem a ser o mesmo que o bem comum – Cathrein, em sua Filosofia Moral, formula a seguinte definição: ‘conjunto de condições para que todos os membros orgânicos da sociedade possam adquirir diretamente e por si uma felicidade temporal o quanto possível completa e subordinada ao fim último. Entre estas condições, ocupa o primeiro lugar a fruição da ordem jurídica tal como a estrutura natural da sociedade o postula; o segundo lugar, uma abundância suficiente de bens espirituais e materiais necessários para tornar efetiva referida felicidade, e que não possam ser alcançados pela atividade dos particulares.’” (GALVÃO DE SOUSA, J. P. Iniciação à teoria do Estado..., p. 14). Conforme recorda SACHERI, bem comum é o fim da sociedade política. Trata-se de termo análogo. Bem comum temporal: familiar, dos grupos intermédios exemplificados por municípios, profissões, associações, empresas, comunidade internacional etc. Bem comum sobrenatural: o fim último de todo o universo criado. Bem comum político: aqueles bens que integram a felicidade ou plenitude humanas, que podem ser bens exteriores, corporais e espirituais, os dois primeiros tipos de modo instrumental ao último. Entre os principais elementos do bem comum político estão: a ciência, a justiça, a ordem e a segurança, de cuja realização advém a paz (tranquila convivência na ordem, na expressão de S. AGOSTINHO). Relembra SACHERI a definição de Pio XI, na *Divini Illius Magistri*: “a paz e a segurança de que gozam as famílias e os cidadãos no exercício dos seus direitos, e, ao mesmo tempo, o maior bem-estar espiritual e material possível nesta vida, mediante a união e a coordenação dos esforços de todos”. (cf. SACHERI, Carlos Alberto. A Ordem Natural, 1ª Edição, dez 2014, Edições Cristo Rei; pp. 213/217). Por fim recorde-se a primazia do bem comum sobre aquele próprio, na medida em que “... *el bien común, entendido rectamente, no es un bien ajeno, erigido como un ser singular que domina a los restantes, sino el mejor bien de las partes que de él participan.*” (AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo.* Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29, p. 28).

³⁵⁸ A temática foi desenvolvida com mais detalhes em outro escrito, ainda não publicado, nesta tese por vezes referido: “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021).

inclui moral, política, direito e economia) passaram a constituir realidades estanques³⁵⁹, uma decorrência de ter-se encampado, diz SILVEIRA, uma modificação da noção de liberdade - a qual para a filosofia tradicional, recorda o autor, está circunscrita pela forma substancial do ente e radicada na vontade (não na consciência individual), dizendo respeito à escolha dos meios e não dos fins já predeterminados por toda e qualquer natureza - uma noção que se deslocaria para o voluntarismo ao transmutar a superioridade accidental da vontade sobre a inteligência no *operar* para uma superioridade essencial quanto ao *ser*, tornando-se “liberalismo”³⁶⁰ (*lato sensu*

³⁵⁹ V. SILVEIRA, S.. Cosmogonia da desordem *cit.*, p. 111.

³⁶⁰ “LIBERALISMO. Enaltecimento da liberdade como valor supremo, desituído de sentido teleológico...”. A despeito da grandeza desse dom, “[i]sso não quer dizer que a liberdade seja um valor absoluto, pois os homens, exercendo-a, devem ordená-la para o bem, conformando-se à ordem moral e jurídica, sem o que a liberdade pode transformar-se em licenciosidade desenfreada. Cada um de nós é livre enquanto domina a si mesmo, é senhor de seus atos; do contrário, expõe-se a ser dominado e escravizado pelas paixões. Esse dom sublime, expressão do livre arbítrio (a liberdade do querer decorre de um juízo da inteligência, que esclarece a vontade), só o conseguimos exercer na sua plenitude mediante um esforço, uma luta, uma conquista. Luta não só contra os que nos querem tirar a liberdade, mas contra nós mesmos, dado que a podemos perder em vista das más inclinações, antes as quais cumpre estar vigilante. (...) O liberalismo, porém — considerando a liberdade um valor supremo —, centra-se numa concepção do homem e da sociedade decorrente de pressupostos antropológicos e metafísicos. Não é, pois, o liberalismo apenas um sistema econômico ou um regime político. Desde fins do século XVIII, passou a constituir uma ideologia, dinamizada pela Revolução Francesa (1789), cujas sequelas se fizeram sentir em vários países do Velho e do Novo Mundo. A ideologia do liberalismo tem seu ponto de partida na falsa afirmação inicial de Rousseau (1712-1778) em *Du contrat social: L’homme est né libre, et partout il est dans fers* (o homem nasceu livre, e por toda a parte está agrilhado). É evidente que o homem nasce com uma série de dependências, e não há nenhuma liberdade na criancinha, que, entregue a si mesma e sem a devida proteção, perecerá. Quanto à segunda parte da aludida proposição, ela insinua que toda autoridade, sendo coercitiva, se opõe à liberdade. Daí uma antinomia radical entre autoridade e liberdade, implícita nas conclamações e nos discursos revolucionários de 1789, ao verem no poder um inimigo nato da liberdade, quando é certo que, para serem garantidas, as liberdades precisam da proteção do poder. Não se confunda o poder que tem legitimidade enquanto promove o bem comum, numa ordem de justiça, com o poder que se corrompe na tirania e nas arbitrariedades ditatoriais. O liberalismo elaborou-se ideologicamente à base de um antiautoritarismo libertário, mas acabou levando à destruição da liberdade, o que não é de admirar, pois, sendo a liberdade sem freio e não devidamente ordenada para o bem, nada impede que os mais fortes, exercendo-a sem medida, esmaguem os mais fracos, como observou Lacordaire (1802-1861). (...) Como absolutização da liberdade — entendida numa autossuficiência e considerada fim de si mesma, sem se subordinar a uma finalidade transcendente —, o liberalismo, imanentista e secularizador, faz chegar ao extremo o antropocentrismo naturalista da Renascença. Eis o sentido mais profundo dessa ideologia da Revolução Francesa, revolução esta que foi, no dizer de Paolo Calliari, uma revolta contra Deus (1789 *révolte contre Dieu, Les Éditions du Cèdre*, Paris, 1976). (...) Não se perca de vista o itinerário de desenvolvimento do liberalismo. Começou a germinar com o humanismo renascentista, que pretendeu valorizar o homem como princípio e fim de si mesmo, encerrando-o num individualismo radical. (...) O liberalismo aprofundou suas raízes quando, no campo da filosofia, o *cogito ergo sum* de Descartes (1596-1650) lançou as bases do subjetivismo racionalista do homem moderno, que foi encontrando, daí para a frente, especialmente no pensamento político, as ideias de Locke (1632-1704), Rousseau e Kant (1724-1804), entre outros, a desaguardarem no individualismo da vontade absoluta. Para que as liberdades individuais viessem a subsistir, implantaram-se instituições fundadas numa visão da sociedade considerada mera multidão de indivíduos, nela devendo existir, um mínimo de poder, ou, se possível, nenhum poder. Nesse sentido, esperava-se que a separação de poderes, segundo a teoria de Montesquieu (1689-1755), conjuminada com a proclamação dos direitos individuais, trouxesse a garantia das liberdades. Ao longo dos duzentos e poucos anos de aplicação dos princípios do liberalismo político, a crise do Estado moderno veio revelando, além de odiosas iniquidades, extenso cortejo de insegurança e intranquilidade na vida social, da qual não têm estado ausentes trágicos e longos períodos de esmagamento da liberdade, cujo apogeu é o Estado totalitário gerado no ventre da anarquia liberal. Presentemente, estimulados pela queda do ‘socialismo real’, ventos revisionistas vêm soprando sobre correntes diversas de pensamento, levando-as, por vezes, a significativo contorcionismo ideológico, tanto do lado socialista quanto do lado liberal. Além do pretendido ‘socialismo democrático’, veio a apregoar-se certo ‘socialismo liberal’ em que a proposta é conciliar uma igualdade social desejável com uma liberdade individual dita possível.” (Cfr. GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, GARCIA, Clóvis

considerado [não limitado ao aspecto econômico] ou manifestado por um dos diversos “personalismos” contemporâneos), liberalismo que, em suas múltiplas configurações, sempre consubstancia uma recusa – segundo a visão da tradição aristotélico-tomista - dos princípios da ordem do *ser*³⁶¹, resultando o erigir de uma “liberdade como fim” supremo (não condicionada metafísica e eticamente).³⁶²

VALLET DE GOYTISOLO aponta para a plurissignificação que comportam as expressões “liberal” e “liberalismo” (em religião, filosofia, política e economia)³⁶³, e afirma que, de todo modo, a raiz do liberalismo moderno é filosófica e erige-se sobre a negação de que exista uma ordem natural³⁶⁴ ou, ao menos, sobre a negação de sua cognoscibilidade. Negada a existência ou a cognoscibilidade da ordem natural, pretende-se o homem ser o criador de um mundo novo, sem condicionamentos metafísicos e éticos objetivos, é dizer, descompromissado da própria estrutura do *ser*, pelo que despreza a verdade (também a verdade prática) sobre o ser humano, o mundo e a vida social, e a substitui por suas próprias opiniões subjetivas, destituídas de um critério superior e objetivo, desvinculando o conhecimento, especulativo e prático, da verdade das coisas, passando a mover-se não mais pelas potências superiores da alma, mas pelas paixões e gostos particulares, erigindo-se o consenso (não mais a verdade e o bem, objetos formais do intelecto e da vontade) como vetor diretivo da vida moral e social.

Lema e CARVALHO, José Fraga Teixeira de. Dicionário de Política. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, pp. 553/559).

³⁶¹ V. SILVEIRA, S. *Cosmogonia da Desordem cit.*, p. 59. Ainda, DIP: “...*la idea de libertad negativa, de la que es muy gráfico el eslogan creado por el oculista británico Aleister CROWLEY: «Do what thou wilt» —«¡Haz lo que quieras!» —. En otras palabras, la voluntad humana ya no se limita por la razón y, en definitiva, por la naturaleza de las cosas; de suerte que el único pecado consistiría en el impedimento del hombre de seguir sus instintos y tendencias. Con esta libertad negativa, es decir, con la voluntad absolutamente libre para escoger según no importa cuáles sean las inclinaciones del hombre, el bien y el mal, efectivamente, se vuelven irrelevantes.*” (DIP, Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica cit.*, p. 42).

³⁶² Conforme CASTELLANO, “...*el pensamiento liberal, aunque haya nacido con la finalidad de controlar el poder*”, atribui “...*a la libertad valor de fin, y no de medio*”. (V. CASTELLANO, Danilo. *Pluralismo y bien común*. Verbo, núm. 357-358 (1997), 729-740, pp. 738/739).

³⁶³ “*Existe una ‘diversidad semántica’, que nace del mismo plurisignificado de la palabra ‘liberal’ y de la cuádruple vertiente de la palabra ‘liberalismo’, referida a la religión, a la filosofía (metafísica), a la política y a la economía, o bien a todo, pero mirándolo parcialmente bajo la perspectiva dominante de cualquiera de estas cuatro disciplinas.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *El plurisignificado de la palabra ‘liberal’ y la cuádruple vertiente de lo termino ‘liberalismo’. A propósito del libro de Von Mises ‘El liberalismo’. Verbo. Número 167: Serie XVII, 1978, p. 981).*

³⁶⁴ “... *orden natural, sin duda, dinámico y en el que incide la acción humana, positiva o negativamente, según esos actos sean buenos o malos, acertados o desacertados, es decir, conformes o contrarios a este orden que J. B. Vigo denominó leyes de la historia, cuya transgresión produce la decadencia o incluso la desaparición de los pueblos.*” (*Ibidem*, p. 981).

No específico âmbito econômico³⁶⁵, os “fisiocratas”³⁶⁶ - deturpando o conceito de ordem e de natureza - sustentam uma “ordem natural” ou “leis naturais” da economia e do mercado ignorando, todavia, o fundamento objetivo da ordem do agir moral e social do homem, a própria lei natural como tradicionalmente concebida e expressada pelo primeiro princípio da

³⁶⁵ “La independización de las leyes económicas de las normas morales (Adam Smith) y de las normas jurídicas de las morales (Kant) constituye la base doctrinal del liberalismo económico. La Revolución francesa, al liberar al individuo de sus viejas estructuras sociales y constituir el Estado como una suma de individuos jurídicamente iguales, puso la base política para el desarrollo sociológico de la economía liberal.” (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968, p 387). Veja-se, ainda, WIDOW ANTONCICH: “A Isaac Newton se le debe el prestigio adquirido por la ciencia en su sentido empírico. Se trata de conocer el fenómeno según se desarrolla atendiendo a ciertas constantes, a las cuales se las denomina leyes. Aunque este término originalmente se refiere al orden moral en cuanto norma de conducta, se ha generalizado su uso en el sentido newtoniano. Adam Smith aplica los métodos de esta nueva ciencia para dar racionalidad al fenómeno económico, la cual se lograría guardando estricta objetividad y neutralidad en la observación y explicación del fenómeno. El método que debe seguir la ciencia económica, según se la considera desde la perspectiva de Smith, y dado el nivel de abstracción en que se desarrolla, es el matemático. Ahora bien, lo que se conoce mediante la aplicación de estos métodos empíricos y matemáticos no es, en su sentido propio, economía, sino un conjunto de nociones cuyo grado de abstracción impide considerar el fenómeno económico en su realidad propia. Sólo accidentalmente corresponden a la economía. Por lo demás, esta concepción empírica de la conducta económica, por la cual se la ve reducida a modelos matemáticos, excluye, como es obvio, la consideración de esa conducta según lo que es ella de suyo, es decir, según su esencial naturaleza ética. Se ha visto que la economía es el orden impuesto a la distribución –y subsidiariamente al uso y consumo– de bienes materiales escasos Este orden no es espontáneo, pero sí es natural en cuanto necesario a la vida civilizada de los hombres. Requiere por ello de un principio ordenador, tanto en una sociedad compleja, como es la comunidad política, cuanto en una muy simple, como es la familia. Entre estas dos se sitúa, con la misma exigencia de un principio ordenador, cada una de las múltiples y diversas sociedades intermedias.” (WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 213-226, pp. 224/225). Também, COMPARATO: “Com Mandeville e Adam Smith, opera-se mais uma grande ruptura no universo ético da antiguidade. Agora, já não se trata de pôr a política longe da moralidade ordinária, como pretenderam fazer Maquiavel e Hobbes, mas de afastar a atividade econômica dos preceitos éticos e das leis que regem os demais setores da vida social. A economia passa a ser estudada como uma ciência exata, segundo o modelo fixado no século XVII para a física e a astronomia, ou então, numa outra redução analógica, segundo o método aplicável em biologia. Em qualquer hipótese, portanto, como uma espécie de ciência da natureza, cuja estrutura é expressa em linguagem matemática.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*.- 3ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 274).

³⁶⁶ “Es de notar, en cambio, que el liberalismo económico nació por otro camino, con los fisiócratas. Fue consecuencia de rechazar el orden natural en su plenitud y aceptar, en cambio, el orden natural en materia económica. Para ellos, la naturaleza, además de las leyes, físicas y biológicas, lleva ínsitas leyes económicas; pero olvidaron las leyes sociales de otro tipo ínsitas en el mismo comportamiento humano y en sus reacciones pasionales de toda clase que guiadas por un liberalismo ideológico, inevitablemente llevan a la pretensión de dominar y cambiar las leyes de la economía. A su vez, el liberalismo político normalmente se enfoca dialectizando autoridad y libertad, pero sin tener siempre una plena correspondencia con el liberalismo ideológico (filosófico). Así lo demuestra el hecho de que los primeros liberales, en el Siglo de las Luces, fueron los partidarios del despotismo ilustrado, pues eran liberales contra los dogmas religiosos, el orden metafísico, las estructuras forjadas en la historia; pero querían imponer sus ‘luces’. Y también explica por qué cualquier idealismo (que se invoca ‘liberador’ contra el orden natural, físico y metafísico) quiera imponer políticamente su ‘praxis’, en cuanto tenga los sufragios suficientes para alcanzar el poder. Incluso para llevarnos al socialismo y destruir, con su liberalismo ideológico, toda la obra del liberalismo económico y todos los genuinos ideales del liberalismo político.” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *El plurisignificado de la palabra ‘liberal’ y la cuádruple vertiente de lo termino ‘liberalismo’ cit.*, p. 982). Ainda, GALVÃO DE SOUSA: “...[os fisiocratas] restringiam a noção de ‘ordem natural’ à esfera da economia, considerando o Estado uma organização artificial e mecânica. Atribuindo ao ‘natural’ o sentido de ‘espontâneo’, contrapunham à ordem vigente no mundo das relações econômicas a ordem voluntária imposta pelo Estado.” (GALVÃO DE SOUSA, J. P. A historicidade do direito e a elaboração legislativa. *In Direito e Política - Obras reunidas, Volume I, 1ª edição – agosto de 2020 – Editora Magnificat*, p. 120).

razão prática. Se corretamente consideram como princípios e implicações econômicas derivadas da ordem natural (e do ser humano) a propriedade privada e a liberdade de empreender, desvinculam-nas, entretanto, das exigências que a própria ordem do *ser* impõe à ordem prática, do *agir/fazer*, recusando o condicionamento moral e metafísico que se impõe a toda atividade - social, política, jurídica e, também, econômica - e que deriva da ordem de todas as coisas e dos fins a que deve dirigir-se a ação humana.

Importa destacar, particularmente para os fins deste estudo, que a noção deturpada de liberdade - a liberdade do liberalismo, insubordinada ética e metafisicamente - resultará, nos âmbitos jurídico-político e econômico, em concepções teóricas e em modalidades de “práxis” a serviço de projetos ou já liberalizantes ou já socializantes, os quais farão, respectivamente, prevalecer um bem individual/privado (ou algum bem individual não hierarquizado ao próprio bem individual último) de indivíduos ou grupos sobre o bem comum, ou farão confundir o bem comum com alguma noção de bem coletivo.

Por isso afirmará GOYTISOLO - ressaltando antes estarem a liberdade de empresa e a propriedade em conformidade à natureza das coisas -, a respeito do liberalismo ideológico que também se faz sentir no âmbito econômico-empresarial:

“Es decir, la propiedad privada y la libre empresa deben fundarse en que constituyen el sistema que produce mejores resultados para el bien común, pues son conformes al orden de las cosas, consideradas en sí mismas y en relación a las consecuencias dimanantes; mientras que son contrarios a este orden el socialismo y un intervencionismo permanente y endémico que resulta una enfermedad de la economía. Pero, en cambio, sus fundamentos no pueden apoyarse en el liberalismo propiamente dicho, es decir, en el liberalismo ideológico (de raíz filosófica idealista y antirrealista) que lleva a –crecientemente en el mundo de hoy- a la destrucción de las libertades políticas (por un Estado que trata de ‘fabricar’ un mundo utópico, aunque sea con sufragio universal o con ‘referéndum’), de las libertades civiles, de las libertades económicas y, al final, ¡oh paradoja!, de la libertad de la inteligencia, que es mediatizada con la propaganda masiva (...). El remedio debe comenzar por un nuevo giro mental, en busca del rigor, y contra las meras opiniones; que ahonde en el conocimiento real del hombre y del mundo y en las posibilidades serias de mejorarlo frente a las ‘praxis’ voluntaristas y utópicas de ‘fabricar’, un mundo conforme a nuestros sueños. Todo lo contrario de cuanto ‘las luces’ están trayendo a este mundo de hoy, en el que se cosechan tantos errores dimanantes del nominalismo y el idealismo filosóficos que engendraron el liberalismo ideológico y que, a su vez, han llevado al voluntarismo y, con él, a la ‘praxis’ marxista, nazista o tecnocrática, como etapas finales de la pretensión de ‘liberar’ al hombre de todo orden, natural y sobrenatural.”³⁶⁷

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 984.

Convém, em breves palavras, recordar que a pessoa³⁶⁸ humana é um ente cuja natureza³⁶⁹ é racional³⁷⁰, o que implica supor que, dentre as suas muitas potências operativas, duas são as principais: a inteligência e a vontade, às quais todas as outras se orientam. Já pudemos destacar, com DIP e outros autores, que para a tradição filosófica aristotélico-tomista

“...a verdade³⁷¹- objeto formal próprio da inteligência - é a adequação da coisa ao intelecto (*adaequatio rei et intellectus*) e o bem - objeto formal próprio da vontade - por uma noção analógica³⁷² é aquilo a que todos tendem, desde o ponto de vista

³⁶⁸ Na clássica lição de Boécio, “substância individual de natureza racional”. Nas palavras de Miguel AYUSO: “La definición clásica de BOECIO —sustancia individual de naturaleza racional— permite a SANTO TOMÁS indicar que la persona es un ente concreto y singular, un individuo, lo que metafísicamente se expresa con los términos de sustancia primera, hipóstasis y supuesto: la persona es una unidad individual sustantiva subyacente a una naturaleza racional.” (AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29, p. 26). Nesta seara, como bem recorda AYUSO, é preciso rejeitar o “personalismo” (“[e]n efecto, entienden los personalistas que el constitutivo formal de la persona reside en la libertad de elección y una actividad autocreadora: la persona, lejos de ser —como para los escolásticos— un principio o constitutivo esencial, raíz de todas las propiedades personales, es el fin de una actividad autocreadora; ser persona, lejos de la posesión de unas características esenciales propias que permiten al hombre actuar libremente de un modo personal, significa obrar de tal manera que mediante sus obras o actos el individuo conquiste esa personalidad”) e manter bem enraizada toda ética na metafísica, sob pena de equívocos e implicações graves (que também se fazem sentir sobre o conceito de dignidade humana). A respeito da questão, reportamo-nos ao Cap. II.2 desta tese.

³⁶⁹ “...na linguagem de Santo Tomás, a palavra ‘natureza’ significa mais geralmente a essência enquanto princípio de operação. Daí a inseparabilidade do conceito de natureza do de fim, porque o ser é ‘para’ a operação, e esta para a plena realização do ser, portanto para seu fim.” (Cf. NICOLAS, Marie-Joseph. *Vocabulário da Suma Teológica*. In Aquino, S. Tomás, Suma Teológica, Vol. 1 – São Paulo: Edições Loyola, 2016, p. 88).

³⁷⁰ “‘Pessoa’ (*persona*, *hypostasis*) – Substância individual racional e autônoma: é o ‘suposto’ no caso do ser racional” (V. GARDEIL, Henri-Dominique, *op. cit.*). A racionalidade é a sua nota distintiva. (V. AQUINO, S. Tomás: *rationalis natura*: Suma Teológica., I-II, 71, 2). Note-se: “Y en caso de los ‘hombres, se dice persona solo en cuanto significa el singular en las sustancias racionales’ (*S. Th, I, 29, q 1, coy q 3, ra 2*). *Creo que algo de la confusión existente en la doctrina social católica ha resultado del uso del lenguaje coloquial corriente, que toma la ‘persona’ por la ‘especie’, la ‘humanidad’, sobre todo al apelar a la ‘dignidad humana’, con lo que insensiblemente se pasa de lo ‘real’ a lo ‘pensado’, pues los ‘universales’ solo ‘existen en el modo de ser ideal’, mientras que las ‘personas humanas’ son ‘subsistentes’, con sus ‘accidentes’ que les comunican la ‘pefección del acto de existir’ (In II Sent. ds 26, q 1, ar 2, ra 3) ‘diferenciándolos’ entre sí como ‘subsistentes’ reales, concretas, no meras ideas ‘intencionales’, abstractas.*” (FERNES, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica? Verbo. Verbo, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 81*).

³⁷¹ “Daí que a verdade seja uma relação. E tal relação é, na prática, uma correspondência entre o intelecto e a coisa. Uma adequação (*adequatio*) entre ambos.” (Cfr. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*). Confirma-se, sobre a “verdade”: AQUINO, S. Tomás, *De Veritate* (q. 1) e Suma Teológica, I, q. 16, a. 1 a 8 (especialmente artigos 1 a 4). Veja-se, ainda, SILVEIRA “...a posse da verdade se dá pelo MOVIMENTO ACIDENTAL DA POTÊNCIA INTELLECTIVA que culmina na assimilação imaterial da forma dos entes pelo intelecto.” (“(...) Neste sentido, a verdade é *cum fundamento in re...*”). (...) “É MOVIMENTO porque transita da potência ao ato; é ACIDENTAL porque em nenhum homem o conhecimento é atualidade essencial, constitutiva, daí nenhuma pessoa poder dizer eu *sou* o conhecimento, mas sim “conheço isto ou aquilo”; e é movimento da POTÊNCIA INTELLECTIVA porque esta é a que torna viável ao homem apossar-se das formas inteligíveis na realidade com que depara”. (Cf. SILVEIRA, Sidney, *Cosmogonia da desordem cit.*, pp. 233/234 e nota 523). Cite-se, também, DIP: “O conhecimento humano da verdade é um ato, uma perfeição, um acréscimo participativo do ser pelo homem que, dessa maneira, abranda a deficiência natural de seu entendimento.” (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural*, 1ªed. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020, p. 80).

³⁷² Cfr. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica cit.*, p. 259.

ontológico é a perfeição do ente (pela qual é este desejável, apetecível), e, desde o ponto de vista moral³⁷³, é o fim da ação humana³⁷⁴.³⁷⁵

Por meio da aquisição de hábitos (virtudes)³⁷⁶ – morais/éticas (que ordenam as paixões e dispõem a vontade para a posse efetiva de bens reais) e intelectuais/dianoéticas (tanto para a consideração da verdade quanto para o bom uso da razão prática) - as potências intelectiva e volitiva determinam-se de tal modo que seus movimentos (potência-ato) se deem segundo a reta razão, em ordem à sua perfeição. Tem-se, portanto, que a verdade e o bem (objetos das potências racionais do intelecto e da vontade, respectivamente) são o próprio *ser* enquanto apreendido pelo intelecto ou enquanto atrativo da vontade (o verdadeiro e o bom são transcendentais do *ser*, recorde-se).

No agir moral - que supõe a liberdade – devem os bens ser, no atendimento do que é devido, adequadamente subordinados e hierarquizados, consideradas todas as coisas (inclusive as relações entre elas) em sua ordem, assim a natureza humana, seu fim e o bem comum, para o que concorre, na perspectiva do ente humano que conhece e age, o desenvolvimento das virtudes morais, que se reduzem a quatro principais (a prudência [materialmente moral e formalmente intelectual]³⁷⁷, a fortaleza, a temperança e a justiça), e intelectuais (especulativas:

³⁷³ V. SILVEIRA: “...o ato moral é o ato voluntário realizado pelo homem sob o influxo da inteligência. É esta que, formalmente, nos diz que querer ou fazer isto ou aquilo é ou não é bom, sob determinada *ratio*” (Cf. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, p. 568, nota 1372).

³⁷⁴ “O bem moral não é, pois, em última instância, senão o bem e a perfeição específica do homem, que, em seu desenvolvimento perfeito, alcança a plenitude ontológica e a felicidade.” (V. DERISI, O. N. *Filosofia Moderna e Filosofia Tomista*. Tradução Adriel Teixeira (Org. Sidney Silveira). Edições C. I. 1ª Edição. Rio de Janeiro: 2020, p. 31).

³⁷⁵ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

³⁷⁶ “Virtude (*Virtus*). Toda a Segunda Parte da *Suma Teológica* tratará das virtudes no sentido moral da palavra: trata-se então de disposições permanentes aos atos moralmente bons ou intelectualmente justos (V. NICOLAS, Marie-Joseph. *Vocabulário da Suma Teológica...*, p. 102). Ainda: “Hábitos, ou qualidades estáveis, com caráter operativo, que dispõem para a verdade (hábitos do entendimento especulativo) e o bem (virtudes do entendimento prático)” (Cfr. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica...*, p. 286). E SILVEIRA: “A profundidade da obra de Tomás de Aquino pode ser mensurada, entre outras coisas, pelo fato de o Aquinate buscar em tudo a raiz metafísica. E este é também o caso de sua análise das virtudes — tanto na *Prima Secundae* como na *Secunda Secundae* de sua obra magna: a *Suma Teológica*. Informa-nos ali o Aquinate que a virtude é um *hábito*, uma qualidade da alma que a predispõe à realização dos fins aos quais naturalmente tende. E o mesmo se pode dizer, em contrapartida, dos vícios, que são um desvio dos fins da alma. Em breves palavras: se a disposição habitual for conveniente à natureza, será *virtuosa*; se for contrária à natureza, será *viciosa*. Do ponto de vista metafísico, os vícios são hábitos operativos da alma totalmente contrários ao movimento natural de suas potências superiores: a inteligência e a vontade. As virtudes, por sua vez, são os hábitos que levam à natureza à excelência de suas operações.” (SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, p. 542).

³⁷⁷ “[a prudência]... *es virtud materialmente moral (dirige el bien obrar del resto de las virtudes), pero formalmente intelectual (pues supone un juicio práctico y reside formalmente en la razón).*” (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 28).

entendimento, sabedoria e ciência; e práticas: arte e prudência) que dispõe habitualmente à adequada consecução dos atos humanos.³⁷⁸

Recorde-se que, para a tradição filosófica, o intelecto é potência para os universais: “...a universalidade (...) não é outra coisa senão a relação de quiddidade de uma coisa abstraída pelo intelecto com respeito à totalidade dos indivíduos em que se dá. É uma relação de entes de razão – e, portanto, de entes imateriais...”.³⁷⁹

Mas a dificuldade de uma clara compreensão sobre a potência intelectual e sua atividade não é um problema novo. REALE e ANTISERI recordam a querela dos universais:

“O problema dos universais, com efeito, refere-se à determinação do fundamento e do valor de conceitos e termos universais - por exemplo, ‘animal’, ‘homem’ - aplicáveis a uma multiplicidade de indivíduos. Mas em geral, trata-se de um problema referente à determinação da relação entre ideias ou categorias mentais, expressas em termos linguísticos, e as realidades extramentais; ou, em última análise, é o problema da relação entre *voces* e *res*, entre as palavras e as coisas, entre o pensamento e o ser. Portanto, o problema investe o fundamento e a validade do conhecimento e, em geral, do saber humano. Podemos ainda reformular o problema deste modo: os *universalia* são *ante rem* [como as ideias platônicas, essências que existem por si mesmas, separadas dos indivíduos concretos nos quais se realizam], *in re* [como pensava Aristóteles, essas essências residem somente nos indivíduos concretos, de onde nossa mente as extrai idealmente com uma operação de abstração], ou *post rem* [universais não existem senão na mente de quem os concebe]”?³⁸⁰

Para a tradição aristotélico-tomista, o universal - “um apto a ser inerente a muitos” – não se realiza fora do intelecto, como defendiam realistas mais extremados (dentre os quais, GUILHERME DE CHAMPEAUX), “linha teórica cuja inspiração de fundo é de clara ascendência platônica”, tampouco apenas no indivíduo, reduzido o universal a um simples nome coletivo representativo do conjunto de indivíduos e não verdadeiramente correspondente a uma sua natureza, como sustentavam os nominalistas (dentre os quais ROSCELINO DE COMPIÈGNE e, após, GUILHERME DE OCKHAM), mas exprime a verdadeira natureza das coisas, embora só se lhes confira o estado de universalidade pelo intelecto, que abstrai dos singulares sua natureza/essência, os conceitos universais, como sustenta o realismo moderado (encontrando respaldo em S. TOMÁS DE AQUINO).³⁸¹

³⁷⁸ “...encontramos en toda persona humana una serie de facultades o potencias operativas, las cuales se enriquecen por determinadas cualidades que facilitan su operación y que Aristóteles llamó ‘hábitos’ o —en el caso de facilitar el bien obrar— ‘virtudes’. Éstas se dividen según su sujeto: la inteligencia y la voluntad. Hay, pues, virtudes intelectuales y virtudes morales.” (*Ibidem*, p. 28).

³⁷⁹ SILVEIRA, S., *Cosmogonia da desordem cit.*, p. 733.

³⁸⁰ REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. *Filosofia Idade Moderna*, volume 1. Tradução: José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2017, p. 530.

³⁸¹ *Ibidem*, pp. 531 e ss.. Veja-se, ainda: GARDEIL, Henri-Dominique, *op. cit.*, *Lógica*, pp. 102/105.

O nominalismo é uma teoria que, “negando qualquer valor aos universais, se revela fundamentalmente cética, porque mortifica alguns instrumentos do conhecimento humano, que se torna pura atividade analítica de fatos concretos e individuais, incapaz de elevar-se a níveis de caráter geral.”³⁸² Aponta ROSA que – para OCKHAM – “nenhum universal é uma substância extramental” e “que os conceitos universais, considerados em si mesmos, tal como existem apenas na mente humana, não possuem natureza universal alguma”, mas “[s]ão entidades singulares como qualquer outra entidade individual” e “são universais apenas pela significação que se lhes atribui”, é dizer, “são universais apenas ‘por serem sinais atribuíveis a muitas coisas’”, mas, “considerados em si mesmos, ‘são singulares na medida em que são uma só coisa, e não muitas’”, de modo que “[t]odo universal é, na verdade, uma coisa singular” e “não existe um universal em si mesmo, ‘mas apenas pela significação, na medida em que é um sinal de muitas coisas’”.³⁸³ Para OCKHAM – afirma VILLEY – os “universais” e as “relações” são termos e signos forjados pelo homem e só têm existência em nossos discursos, dos quais seu sentido depende. As definições são meramente convencionais. Nas palavras de VILLEY, o nominalismo é a destruição da ontologia de ARISTÓTELES e, por conseguinte, de sua filosofia, de sua política e de seu direito.³⁸⁴ Enfim, conforme recordam REALE e ANTISERI, “os universais - para OCKHAM - são nomes, não uma realidade, nem com fundamento na realidade”.³⁸⁵

Bem destaca ECHAVARRÍA que “[a] deformação e obscurecimento na compreensão do intelecto humano vêm de longe (basta pensar no nominalismo de fins da Idade Média).”³⁸⁶ Trata-se, conforme expõe ROSA, de “... um modo de conceber a natureza da atividade intelectual que surge sempre que ocorre uma decadência desta própria atividade intelectual entre os homens” da qual, ademais, deriva “uma incapacidade geral para a apreensão da

³⁸² REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. *Filosofia Idade Moderna cit.*, p. 532.

³⁸³ ROSA, Antônio Donato P. *O código da Educação: Uma história verdadeira*. 1ª ed. – Florianópolis: Editora Pie Pellicane, 2022, pp. 130/131. Cito, ainda: “Destas citações pode-se deduzir que, segundo Ockham, não existem entidades que tenham por natureza características universais, nem fora da mente, isto é, na realidade objetiva do mundo, nem na própria mente humana quando pensa. O que existem são apenas entidades singulares que, na mente do homem, agem como sinais que são atribuídos ou referidos a objetos externos diversos, assim como os nomes que, considerados em si próprios, são sinais individuais que apenas por convenção humana se referem às entidades externas que elas significam. Os conceitos, portanto, com que a mente humana trabalha, são, no fundo, apenas nomes, ou representações equivalentes. Daí o nome de *Nominalismo* que recebeu esta teoria.” (*Ibidem*, p. 132).

³⁸⁴ V. VILLEY, M. *O direito e os direitos humanos cit.*, p. 123. Veja-se, ainda, JIMÉNEZ PARÍS, citando VILLEY e GOYTISOLO: “*Ockam, Hobbes y los filósofos de su escuela renunciaron a leer en la naturaleza las relaciones, las obligaciones sociales, señala Michel Villey. «No disciernen más que derechos individuales, potestades, libertades naturalmente ilimitadas [...]»*” (JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Sobre el derecho de obligaciones y contratos en Juan Vallet de Goytisoló*. Verbo, núm. 523-524 (2014), 187-220, p. 189).

³⁸⁵ REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. *Filosofia Idade Moderna cit.*, p. 620.

³⁸⁶ ECHAVARRÍA, Martín F. *A práxis da Psicologia e seus níveis epistemológicos segundo Santo Tomás de Aquino cit.*, pp. 148/149.

evidência de todas as demonstrações filosóficas de natureza puramente abstrata.”³⁸⁷ A má compreensão - expressada por correntes nominalistas - da natureza da potência intelectual e de sua atividade implicará, portanto, consequências metafísicas e gnosiológicas graves, impactando os diversos saberes teóricos e práticos (incluídas as ciências sociais e humanas, com reflexos na política, no direito e na economia).³⁸⁸

Tem-se, de conseguinte, que há séculos - no curso da história das ideias e em grande medida como decorrência do nominalismo e do voluntarismo - sucedem ataques à filosofia do *ser*. Assim se deu, por exemplo, por meio da filosofia cartesiana da consciência, do empirismo, do racionalismo, do idealismo, do positivismo, das novas filosofias da linguagem etc., com drásticos reflexos sentidos também no âmbito prático e, logo, sobre a moral e o direito.³⁸⁹ VALLET DE GOYTISOLO destacará, no âmbito jurídico, como nominalismo, voluntarismo e subsequentes equívocos filosóficos desviaram a trajetória do direito de seu genuíno método realista.³⁹⁰

Nesse processo antimetafísico, a compreensão de que todo conhecimento – também o prático (recorde-se: o intelecto, uno, faz-se prático por extensão³⁹¹) – tem sua fonte no *ser*, e as escorregadas concepções de “verdade”, de “ato-potência”, de causas formal e final etc.³⁹², são

³⁸⁷ ROSA, Antônio Donato P. O código da Educação *cit.*, pp. 127 e 135.

³⁸⁸ Veja-se: REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. Filosofia Idade Moderna *cit.*, pp. 539/543.

³⁸⁹ Já pudemos, com mais detalhes, abordar a questão a que agora aludimos muito resumidamente: “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

³⁹⁰ “*La desviación del derecho de su genuino método realista no lo iniciaron juristas, sino teólogos, como John Duns Scott, con su voluntarismo, y W. de Ockham, con su nominalismo. Después serían filósofos, como Sir Francis Bacon de Berulam, con su empirismo, Hugo Grocio, Pufendorf, Leibniz, Christian Wolf, con su racionalismo; Thomas Hobbes, John Locke, J. J. Rousseau con su constructivismo; Christian Thomasius con su reduccionismo del derecho natural a la moral social; Hume, con su escepticismo, y Kant, con su giro trascendental y su subjetivismo ético, quienes llevaron, paso a paso, el derecho hasta el dominio del positivismo legislativo.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 546/547). Para uma mais ampla abordagem: VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El orden universal y su reflejo en el derecho*. Verbo, núm. 449-450 (2006), 695-714.

³⁹¹ V. AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica. I, q. 79, a. 11, *respondeo*. Veja-se, DIP: “O intelecto especulativo apenas se distingue do prático pelos fins a que se dirige o entendimento: não se trata de duas potências intelectuais diversas, mas de uma só, esgotada a função do intelecto especulativo na contemplação da verdade, ao passo que, estendendo-se, o entendimento especulativo se tona prático ao ordenar o apreendido a uma determinada ação (*actum*) ou a um fazer (*operatum*). Assim, a razão especulativa se torna prática em virtude, sobretudo, de uma distinção de finalidades.” (DIP, Ricardo, Segurança Jurídica *cit.*, p. 104). Ainda: “A razão propriamente dita pode ser *a*) especulativa (ou teórica), quando se dirige a contemplar a verdade, sem ocupar-se de sua operação, ou *b*) prática, quando ordena o que conhece ao agir (*agere*) ou ao fazer (*facere*). Assim, a razão é especulativa ou prática segundo o termo de seu movimento seja *a*) a apreensão do necessário e universal das coisas ou *b*) o conhecimento para dirigir a ação concreta e contingente (cfr. Otávio Nicolás Deriri, *Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral*”. (Cfr. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. Propedêutica Jurídica *cit.*, p. 276).

³⁹² “Começada pelos nominalistas, a crítica da causalidade prosseguiu no cartesianismo para terminar, com o empirismo inglês do século XVIII, em uma negação radical. Daí por diante, tornar-se-á corrente não considerar a causalidade senão como categoria ilusória ou subjetiva. (...) a crítica mais radical resulta de uma interpretação fenomenista da experiência, como a que se pode encontrar em Hume, na qual se reduz a causalidade a uma pura relação de sucessão. (...) Kant pretendeu salvaguardar o caráter geral e necessário da relação causal, mas como não

subvertidas ou ignoradas.³⁹³ Um processo em que não mais se compreende que o *ser* impõe suas exigências, um *dever* comunicado à inteligência para que – com vistas ao aperfeiçoamento do ente racional e, pois, da realização de seu fim – o homem racionalmente faça e persiga o bem e evite o mal³⁹⁴, que é o princípio primeiro da ordem prática e para cujo entendimento não se pode prescindir da reta compreensão da natureza/essência, da forma, do movimento³⁹⁵ (não

fez dela senão uma categoria a priori da experiência, foi conduzido a recusar-lhe toda aplicação transcendente. (...) uma concepção fenomenista do conhecimento sensível, isto é, nega em princípio à inteligência o poder de apreender o inteligível no sensível”. (V. GARDEIL, Henri-Dominique, op. cit., Metafísica, pp. 428/429). V., também, sobre o problema do fundamento emotivo-irracional da causalidade em Hume: uma crença (*belief*) “que nos dá a impressão de termos de lidar com uma ‘conexão necessária’, e nos infunde a convicção segundo a qual, dada aquela que nós chamamos ‘causa’, deva seguir-se aquilo que nós denominamos ‘efeito’ (e vice-versa). Portanto, segundo Hume, a chave para a solução do problema reside na ‘crença’, que é um *sentimento*. O fundamento da causalidade, pois, de ontológico-racional se torna emotivo-irracional, ou seja, da esfera do objetivo é transferido à esfera do subjetivo”. (Cfr. REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario, op. cit., p. 480/481).

³⁹³ Já pudemos expor, com base em autores da tradição em lume (em especial, ROSA, A. D.): “Ao ente racional é possível, antes de fazer a ordem no âmbito prático, reconhecer, especulativamente, na realidade, uma ordem natural. No âmbito da ordem natural, a síntese cosmológica - e que explica a realidade implicada nesta visão filosófica - postula três princípios fundamentais sem os quais se inviabilizaria o próprio conhecimento: i) Há o ‘ser’: algo existe, ao invés do puro nada, e ao intelecto que o apreende se evidencia o princípio da não contradição, o que permite o raciocínio e o avançar de verdade a verdades. A essência do ser existente, sua substância, para que seja intelectualmente cognoscível, há de ser imaterial, pois o ato intelectual é o ato pelo qual o ente racional toma posse da forma de outro ente, o que lhe vem como um acréscimo de ser. A essência de cada ente – intelectualmente cognoscível - é o resultado da limitação operada pela forma substancial que informa a matéria primeira, somente então resultando o composto ao qual inerem imediatamente os acidentes (forma accidental), que, quando materiais, são acessíveis aos sentidos externos (os quais encontram nos instrumentos laboratoriais como que uma sua extensão). Os elementos estruturantes de todo o cosmos natural devem, pois, ser puramente inteligíveis e, logo, imateriais. Nada mais poderia existir se eles não existissem e sequer seria possível o próprio ato intelectual. Como são realidades imateriais (não físicas/extensas), não se aferem pelos métodos das ciências experimentais. ii) ‘Movimento’: a existência da natureza e de sua ordem não implica imobilismo. Na ordem do ser, o contingente (temporal) está sujeito ao movimento. O ente que se pressupõe como existente pode mover-se, isto é, passar da potência ao ato. Sem que se admita isso, o conhecimento sequer teria sentido, pois seria impossível, por exemplo, passar do estado potencial de conhecimento a respeito de algo para o ato de conhecer algo, e não haveria qualquer razão para a especulação. Para que haja movimento são necessárias causas internas e externas. A matéria e a forma que a determina são causas intrínsecas ao movimento. Mas, sozinhas, não poderiam explicá-lo, pois tudo o que se move deve ser movido por uma causa eficiente externa (mesmo o ser vivo, capaz de movimentos imanentes, não é a causa última de seu movimento) que produz efetivamente o movimento (a passagem do ente - numa dada linha de causalidade - da potência ao ato) em vista de uma causa final, que é o fim para um determinado movimento. Uma visão que, partindo do dado acessível ao sensível (algo se move), busca demonstrar a existência de relações de causalidade entre todas as coisas e a existência de um primeiro princípio imóvel, causa de todo movimento e de todas as coisas existentes. iii) ‘Verdade’: quando o ente racional apreende o que é o ser, o conteúdo desta apreensão corresponde realmente àquilo que o ser confere aos entes que existem. Negar esse terceiro princípio implicaria negar a validade de qualquer conhecimento ou o acesso ao mundo exterior. Daí que a verdade ‘pressupõe um ente real *extra mentis*’ e ‘o ponto de partida do conhecimento humano deve ser *a posteriori*’.” “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

³⁹⁴ “Ora, nos atos humanos, o bem e o mal se dizem por comparação com a razão, porque, como diz Dionísio: ‘O bem do homem é estar conforme à razão, e mal o que está além da razão’. Para cada coisa há o bem que lhe convém e segundo sua forma, e o mal que está para ele além da ordem de sua forma. Logo, fica claro que a diferença do bem e do mal considerada acerca do objeto, compara-se por si à razão, isto é, segundo o objeto lhe é ou não conveniente. Alguns atos dizem-se humanos ou morais, enquanto procedem da razão.” (AQUINO. S. Tomás. Suma Teológica. Ia.-IIæ., q. 18, art. 5º, respondeo).

³⁹⁵ “Una de las consecuencias inmediatas del análisis precedente es la de manifestar que el movimiento de la naturaleza está finalizado, con vistas a la mejor realización de esta naturaleza. La presencia de esta finalidad interna debe subrayarse porque muestra que es la misma la que permite franquear la pretendida separación entre el ser y el deber ser (HUME, KANT, KELSEN...). En efecto, el fin es un bien, de manera que la realización plena

só o espacial, mas todo movimento “potência-ato”) e do que seja fim/bem, questões metafísicas que não podem ser, sem graves consequências, torcidas ou ignoradas.³⁹⁶

Conforme recorda ECHAVARRÍA,

“...o aspecto mais profundo do intelecto, a capacidade de contemplar a verdade, é ignorado ou posto kantianamente em dúvida. Essa ignorância do aspecto contemplativo do intelecto está intimamente ligada à cegueira do pensamento contemporâneo sobre o âmbito dos princípios e fins últimos, sobretudo enquanto perfeição, atualidade.”³⁹⁷

Diante dos sucessivos erros – que podem ser ditos ora mais ora menos conscientes – a respeito da natureza da potência intelectual e de seus atos, ECHAVARRÍA, com apoio em S. TOMÁS, advertirá sobre as consequências decorrentes:

“Na visão de Santo Tomás, o intelecto é a faculdade mais elevada da alma humana. Portanto, seu papel é central na essência da felicidade do homem, que é o que buscávamos. Porque a felicidade consiste fundamentalmente no exercício da dimensão vital mais própria do homem. E esta é a intelectual. Por isso, um erro com respeito ao intelecto implica como consequência um erro mais grave no juízo sobre aquilo que o aperfeiçoa e plenifica.”³⁹⁸

Na linha dos problemas filosóficos a que aqui brevemente se alude - para que possamos destacar algumas de suas drásticas consequências práticas, também para o direito e para a

*de la naturaleza es su bien. Se trata para ella de llegar a ser lo que es, de desarrollar al máximo sus capacidades. El movimiento finalizado de la naturaleza toma así, de inmediato, una carga axiológica en virtud de la superioridad del acabamiento sobre la potencialidad. En consecuencia, si las actividades contribuyen a este desarrollo de la naturaleza, de lo que es realmente la naturaleza en movimiento, entonces son buenas. Por el contrario, si las actividades se inscriben en la dirección opuesta al desarrollo de la naturaleza, entonces son malas para la misma, que lejos de desarrollarse se destruye. Pues constituyen «violencias» («biaseis») contra la naturaleza. Como esta finalidad consiste en la realización de la forma, no hay lugar a oponer la naturaleza como fuente de determinación y, por tanto, de límites, y la naturaleza como orientación hacia el fin. Al contrario, hay una articulación y hasta una casi-identidad entre el fin y la forma. Para el ser natural se trata de llegar a ser plenamente lo que es.” (BASTIT, Michel. *La invocación de la normatividad de la naturaleza en el derecho cit.*, p. 33).*

³⁹⁶ “Intimamente ligado e dependente do caráter gnosiológico exposto, que desemboca no idealismo, acha-se o autonomismo da moral. A independência da vontade frente a toda norma exterior é corolário que logicamente segue a independência da inteligência frente a seu objeto. (...) Este autonomismo absoluto que faz proceder a norma da própria vontade, como o idealismo gnosiológico, encontra em Kant seu expoente mais puro. (...) Como o idealismo transcendental em sua própria medida – dada a solidariedade assinalada de ambos os problemas, gnosiológico e moral – vai sendo preparado nos dois séculos de racionalismo e empirismo anteriores a Kant, não de outra sorte o autonomismo moral vai sendo incubado e prefigurado. (...) Este movimento de independência de uma norma moral objetiva, conjugado a um racionalismo ou empirismo, mas em ambos os casos imanentista e desarticulado do ser (...) culmina no autonomismo de Kant. (...) ...resulta o juízo sintético *a priori* prático, o “imperativo categórico”, cuja força obrigatória ou normativa é uma pura forma da própria vontade. (...) ...julgava ele [Kant] que, com o autonomismo moral, colocando a origem da norma da liberdade na vontade absoluta do próprio sujeito a estaria libertando das contingências e riscos da metafísica.” (DERISI, O. N. *Filosofia Moderna e Filosofia Tomista cit.*, pp. 432/435).

³⁹⁷ ECHAVARRÍA, Martín F. *A práxis da Psicologia cit.*, pp. 148/149.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 149.

economia (afinal, “as ideias têm consequências”³⁹⁹) - e conforme ECHAVARRÍA, aponta-se que

“A interpretação iluminista reconstrói a história da modernidade a partir do Renascimento como uma epopéia da razão e liberdade humanas, que se libertariam do jugo de uma regra exterior (imposta principalmente pela Igreja), tomando sobre si mesmas a responsabilidade pela própria existência. Assim define Immanuel Kant o movimento iluminista: ‘A *ilustração* consiste no fato pelo qual o homem sai da menoridade. Ele mesmo é culpado por ela. A menoridade consiste na incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem a direção do outro.’ Trata-se de um projeto de emancipação do homem, de sua razão e de sua liberdade, com respeito a todo vínculo extrínseco, a toda heteronomia (...).”⁴⁰⁰

ECHAVARRÍA ainda recordará, nessa trilha, a “separação entre *razão* e *experiência*, que tem larga preparação na filosofia moderna, e que deita suas raízes na mentalidade racionalista do nominalismo medieval”.⁴⁰¹

Desses e de outros erros filosóficos decorre a tão propalada quanto falsa separação (ou “grande divisão”) entre os planos do *ser* e do *dever*, entre os planos descritivo e prescritivo, muitas vezes expressa no que se passou a denominar “Lei de HUME”⁴⁰², uma difundida dualidade cara aos *iuspositivismos/iusrealismos*-empiristas/pragmatistas em diversas matizes (e também a várias correntes não-positivistas ou pós-positivistas que expressam faces do liberalismo e de construtivismos⁴⁰³) que, renegando a existência de uma razão prática (ou

³⁹⁹ WEAVER, Richard. M. As ideias têm consequências. Tradução de Guilherme Araújo Ferreira. É Realizações Editora, São Paulo: 2012.

⁴⁰⁰ ECHAVARRÍA, Martín F. A práxis da Psicologia *cit.*, pp. 52/53.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 58. Sobre o ponto, veja-se, ainda, ROSA, que aponta para “... uma utilização extremamente rudimentar das potencialidades da inteligência humana de modo a impedir a evidência intelectual se não nos casos em que ela esteja apoiada de modo direto sobre a experiência sensível. Mas neste caso deve-se dizer também que esta evidência é mais sensória do que intelectual, e que o intelecto aí está servindo mais para organizar os dados da evidência sensorial do que para produzi-la. O trabalho de experimentação poderá ser extenso e sofisticado, a erudição em relação aos dados e à sistematização do trabalho experimental poderá ser impressionante, mas não será isto o que constituirá a vida intelectual.” (ROSA, Antônio Donato P. O código da Educação *cit.*, p. 138).

⁴⁰² V. HUME, D. Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Déborah Danowski. 2ª edição revista e ampliada. Editora Unesp, 2009., Livro III, Parte I, Seções I (*in fine*) e II., pp. 509/510. CHIASSONI - citando KELSEN – recorda a denominada “Lei de HUME”: “uma norma não pode derivar-se logicamente de uma proposição factual ou conjunto de proposições factuais, mas somente (também) de outra norma” (V. CHIASSONI, P. O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen. Tradução: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello – São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 426).

⁴⁰³ “*Los voluntaristas y constructivistas rechazan la idea de que la voluntad y la razón práctica sean concebidas como naturalezas. Para ellos sería incompatible con la libertad. Pero hay que comprender que aquí se trata de una orientación natural de la voluntad hacia el bien en general, y de la razón práctica hacia la verdad del bien en general. Así, cuando la razón práctica juzga de un bien y lo impera a la voluntad, no se trata sino de un bien particular que deja la razón práctica parcialmente indeterminada (por eso la voluntad detiene la deliberación) y también la voluntad, porque no le presenta el bien absoluto que sólo la determinaría totalmente. Asimismo, la razón práctica no proporciona sino el principio determinante y formal del acto, lo que deja a la voluntad la libertad de dirigirse hacia el fin que se le muestra y ordena. La analogía de las causas juega aquí un papel crucial. La regulación del deseo por la razón toma la forma de la prudencia y de la voluntad particular. Hay que subrayar con SANTO TOMÁS que estas diversas manifestaciones del dinamismo no son atribuibles unas al cuerpo y otras al alma, sino que pertenecen al todo del compuesto. Es el hombre entero el que desea, lucha, quiere. Con la*

debilitando sua base onto-metafísica) e o fundamento genuinamente objetivo de toda ordem normativa (da moral e do direito inclusos), recusam a objetividade ontológica dos juízos de valor e, logo, das opções normativas e decisórias em moral, política e direito⁴⁰⁴.

Conforme já pudemos expor noutra oportunidade⁴⁰⁵, reduzida a cognição teórica do mundo aos aspectos materiais, a atividade prática passa a fundar-se na subjetividade/relatividade de movimentos das potências inferiores da alma (sentimentos, emoções, paixões, ideais subjetivos etc.) e sistemas morais passam a ser compreendidos ou bem como fundamentados em um “dever-ser” idealizado e deduzido (são os sistemas idealistas/racionalistas que sustentam uma moral *a priori* que desconfia do contingente, do experiencial e do empírico, um *dever* autônomo ao *ser*), ou bem passam – estribados em bases empiristas – a conceber como inexistente verdadeiro “conhecimento” prático, de modo que a

*voluntad ya hemos abordado la especificidad del dinamismo humano, en el sentido de que la voluntad es un apetito racional. Pero hay que completar el cuadro precisando que la voluntad no se dirige tan sólo hacia bienes exteriores, sino también hacia bienes que son de hecho el desarrollo mismo de las partes más elevadas de esta naturaleza. Dicho de otro modo, con ARISTÓTELES, «todos los hombres desean saber por naturaleza». Lo que quiere decir que el dinamismo específicamente humano no se limita al uso práctico de la razón, sino que mira más alto: encuentra su culminación en el uso teórico. En efecto, el hombre es un animal, pero un animal racional, y su pleno desarrollo incluye, por tanto, el de su razón hasta la facultad teórica. Y esta facultad teórica no alcanza su desarrollo completo sino con la contemplación divina. Por esta razón, el reposo en esta contemplación activa es el fin último del hombre. En tal sentido, en ella reside su bien último y también su bienaventuranza o, si se prefiere, su felicidad. Pero para llegar a este fin es necesario desarrollar las potencias que permiten alcanzarlo. Al igual que el aprendiz llega a ser músico a través de la práctica, o el atleta multiplicando las carreras (lo que se llama entrenamiento), el hombre se desarrolla a través de la práctica de actos virtuosos y, así, la adquisición de las virtudes que le sigue, le permite lograr su fin” (BASTIT, Michel. *La invocación de la normatividad de la naturaleza en el derecho cit.*, pp. 34/35).*

⁴⁰⁴ “...se ha objetado y se objeta que el derecho no puede deducirse del hecho; pues el ser y el deber ser se hallan en mundos diferentes. Así lo observó DAVID HUME; pero ese razonamiento era, sin duda aplicable, al racionalismo, que con DESCARTES se había impuesto en la Modernidad, partiendo de esa escisión de la ‘res cogitans’ y la ‘res extensa’ que se situaban en mundos distintos. En esa perspectiva, la razón teórica, ciertamente abstracta y matemática, nada podía deducir lógicamente de los hechos si estos eran ubicados en el mundo de las cosas, mientras que el derecho --que trataban de determinar racionalmente a partir de las ideas-- lo colocaban en el mundo del espíritu. Pero, realmente, ocurre que los hombres existencialmente estamos religados con las cosas que, con nuestra razón práctica --que se halla vivencialmente encarnada en el mundo de las cosas y no fuera de él-, las observamos -incluyendo en ellas los hechos, actos y obras- no solo en su aspecto físico sino también apreciando su inherente teleología y su propia axiología. Este examen implica un juicio de su bondad que, de por sí, predetermina, a su vez, nuestros correspondientes deberes éticos en relación a esa cosa, hecho, acto u obra observados, e implica cual debe ser, a su respecto, nuestra adecuada actitud. Al operar así, SANTO TOMÁS DE AQUINO y quienes le seguimos, no efectuamos paso alguno -lógico ni ilógico-- del ser al deber ser, sino que nuestra razón práctica enuncia, para la acción, a la par y conjuntamente, dos predicados, uno dirigido al conocimiento del otro. Así al decir «esto es bueno» y «esto debe hacerse», ese segundo predicado no es conclusión del primero, puesto que éste no dice «eso es bueno» simplemente, sino en el sentido de que «esto es debido»; y, al efectuarlo, se juzga también de su bondad moral-y no solo de su moral instrumental al estilo del imperativo kantiano. Ciertamente, este juicio moral requiere que en el hombre exista una aptitud natural para juzgar de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, en relación a las cosas, hechos, actos, obras y relaciones e instituciones. Pero, ese juicio --dimanante de esa aptitud o capacidad del hombre para juzgar moralmente- no impone desde fuera de ellas su calificación a las cosas, sino que en ellas mismas la halla, descubre, o desvela (...).” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *Derecho y verdad. Verbo*, núm. 347-348 (1996), 709-730, pp. 712/713)

⁴⁰⁵ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

razão não pode conhecer o plano dos valores e fins (não há propriamente uma razão prática), constituindo os sentimentos e as emoções a base da moral (uma moralidade que – segundo HUME - é “mais sentida do que julgada”), separando-se, também, os planos do *ser* (assim considerados os fatos e dados empíricos) e do *dever* (dos valores), o que dará curso a variadas correntes emotivistas, subjetivistas e céticas em matéria moral.⁴⁰⁶ Uma vez rechaçada toda *heteronomia* para exaltar-se uma absoluta *autonomia* em matéria moral, não se deve estranhar o erigir do utilitarismo-consequencialista, em lugar do bem comum, como pauta da justiça⁴⁰⁷, tampouco o deslocamento da explicação de processos decisórios para enfatizar psicologismos empiristas variados, tudo em detrimento da devida ordenação e hierarquização das potências inferiores da alma àquelas superiores, intelecto e vontade.

Sendo, porém, um só e mesmo o intelecto, bem recorda MASSINI CORREAS⁴⁰⁸ a necessidade de precaver-se da tentação kantiana de considerar-se o intelecto ou entendimento em sua função prática como distinto ou separado do intelecto em sua função teórica, sob pena de deixar-se sem fundamento na realidade todo o âmbito da razão prática. Conforme já se disse, o intelecto, fazendo-se prático por extensão do conhecimento teórico das essências, adquire uma dimensão normativa e organizadora. Por isso dirá o autor, com apoio em PIEPER (e ambos em S. TOMÁS), que o objeto próprio da razão teórica é o verdadeiro nas coisas, enquanto que o da razão prática é o verdadeiro como medida do obrar, o verdadeiro que se estende ao bom, de modo que no conceito de razão prática está necessariamente compreendida e expressada a razão teórica, uma mesma e uma razão que se distingue pelos fins especulativos ou práticos, este último o âmbito em que, aplicada ao querer, no âmbito do obrar (e fazer) livre, decisório, imperativo e diretivo, abarca-se o uso da técnica, a moral, a política o direito e a economia.

S. TOMÁS expõe em célebre passagem de sua obra:

“... como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem. E assim o primeiro princípio na razão prática é o que se funda sobre a razão de bem que é ‘Bem é aquilo que todas as coisas desejam’. Este é, pois, o primeiro princípio da lei, que o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado.”⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Veja-se: BOFF, Guilherme. Verdade e Direito em Georges Kalinowski: a justificação do fundamento semântico do direito. Ed. Safe; 1ª edição: 2013, fls. 13/31.

⁴⁰⁷ Veja-se: FERNS, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica? Verbo. Verbo, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 107.*

⁴⁰⁸ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento practico cit. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 156/157.*

⁴⁰⁹ “... os preceitos da lei da natureza se têm em relação à razão prática como os princípios primeiros das demonstrações se têm em relação à razão especulativa: uns e outros são princípios conhecidos por si. (...) Naquelas

Assim como “[a] mesma coisa não pode simultaneamente ser e não ser sob um mesmo aspecto” é o primeiro princípio na ordem especulativa, “deve-se praticar o bem e evitar o mal” é o primeiro princípio na ordem da ação humana.⁴¹⁰ Ambos encontram seu fundamento no *ser*. O conhecimento teórico expande-se para fazer-se prático, de modo que o âmbito do *dever* guarda dependência da realidade objetiva. Conforme recorda MASSINI CORREAS⁴¹¹, com apoio em PIEPER, se as essências das coisas constituem os modelos dos conceitos para o intelecto especulativo, estes, por sua vez, convertem-se em causa exemplar do obrar humano quando, impelido pelas exigências da ação, o saber humano faz-se prático.

“La razón – escribe Pieper -, en cuanto razón práctica, no se aplica al querer y al obrar, si no se aplicase antes y al mismo tiempo, en cuanto teoría, a las cosas. La razón no podría ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquélla no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva (...) El imperativo se basa en el indicativo; éste es el que hace a aquél posible.’ Y esto es así en razón de que el deber tiene su fundamento en el ser; aquello que debe ser hecho por el hombre para el logro de su perfección, depende intrínsecamente de aquello que el hombre es, en otras palabras, de su esencia o naturaleza y de las concretas circunstancias en que debe poner su acto libre y racional. (...) Por todo lo expuesto, resulta claro que entre la razón teórica y la razón práctica no existe solución de continuidad; lo que es más, la razón especulativa da el fundamento a la razón práctica, la provee de su ‘materia’, de su contenido, el que será vertido en forma deontica por el entendimiento práctico. Sin un conocer especulativo no puede darse saber práctico, ya que éste carecería de contenido y de contacto con la realidad de las cosas; por el contrario, constituiría algo tan fantástico como la pretensión de Barón de Mundhausen de sacarse a sí mismo de un pozo, tirándose de las orejas. Pero es preciso destacar una vez más, que el fundamento de esta continuidad está, en todos los casos -saber especulativo y saber práctico-, en que el objeto de conocimiento es el ente, el cual, visto en su relación al entendimiento, se mostrará como verdad y medida del saber y visto en su relación con la perfección humana, aparecerá como bien o valor y será objeto de la voluntad guiada y ‘medida’ por el entendimiento práctico. Pero siempre se tratará del ‘ente’, pues para el realismo, fuera de ‘lo que es’, solo hay ‘nada’.”⁴¹²

Sobre a relação entre *ser* e *dever*, já pudemos expor a questão nos seguintes termos:

coisas, porém, que caem na apreensão de todos, acha-se certa ordem. Com efeito, o que primeiro cai na apreensão é o ente, cuja intelecção está inclusa em todas aquelas coisas que alguém apreende. E assim o primeiro princípio indemonstrável é que ‘não se pode afirmar e negar ao mesmo tempo’, que se funda sobre a razão de ente e não ente, e sobre esse princípio todas as outras coisas se fundam, como se diz no livro IV da Metafísica. Assim como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem. E assim o primeiro princípio na razão prática é o que se funda sobre a razão de bem que é “Bem é aquilo que todas as coisas desejam”. Este é, pois, o primeiro princípio da lei, que o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado. E sobre isso se fundam todos os outros preceitos da lei da natureza, como, por exemplo, todas aquelas coisas que devem ser feitas ou evitadas pertencem aos preceitos da lei de natureza, que a razão prática naturalmente apreende ser bens humanos. Porque o bem tem razão de fim, e o mal, razão do contrário, daí e que todas aquelas coisas para as quais o homem tem inclinação natural, a razão apreende como bens, e por consequência como obras a ser procuradas, e as contrárias dessas como males a serem evitados.” (AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica, I-II, q. 94, a. 2, *respondeo*).

⁴¹⁰ V. NICOLAS, Marie-Joseph. Vocabulário da Suma Teológica..., p. 95.

⁴¹¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento práctico cit.*, pp. 156/157 e 181 e ss.

⁴¹² *Ibidem*, pp. 182 e 186/187.

“Do que aqui se expôs, a partir de premissas da filosofia aristotélico-tomista e de sua concepção de natureza (que postula o movimento de aperfeiçoamento do ente na atualização das potências dadas por sua forma substancial), e desde a consideração da estrutura da realidade em sua ordem, não há qualquer falácia ao extrair-se da natureza do ente racional – segundo, pois, sua razão, seu *logos* que lhe permite conhecer a natureza/essência de cada coisa e de todas as coisas – a normatividade ordenadora de sua atividade prática. Não se avilta a lógica – antes o contrário – a conclusão segundo a qual da natureza (assim compreendida) se possa extrair o valor objetivo, a norma nela própria contida. Não há fratura entre ser e inteligência, sequer entre a inteligência/cognição das ordens especulativa e prática; antes, o que se concebe é a convergência das funções intelectivas especulativa e prática, em concurso com a vontade, para o aperfeiçoamento do ente, em demanda de seu Fim Último. Ancorando-se na filosofia do ser e em sua doutrina dos transcendentais (recorde-se: o que é comum a todo ente simplesmente por participar do ser [ente, coisa, uno, algo, verdadeiro, bom e belo, todos convertíveis entre si]), no conceito de forma substancial e em uma concepção de ciência segundo as causas universais, a qual desvela a necessidade da natureza como princípio de movimento e da imaterialidade como parte da realidade (e mesmo como imprescindível à materialidade), e considerando, ainda, a unidade do intelecto (em sua divisão meramente funcional, é dizer, o mesmo intelecto que apreende imediatamente a evidência dos primeiros princípios do ser expande-se para apreender os primeiros princípios do agir prático), emerge – para a filosofia tomista - a artificialidade da cisão (ou grande divisão) entre as ordens do ser e do dever, não raramente sustentada por reduções empiristas, nominalistas e linguísticas as quais – recortando aspectos específicos da realidade – desprezam seu conjunto, oferecendo, a despeito da complexa lógica interna dos discursos, soluções tanto artificiais quanto aporéticas.”⁴¹³

Impõe-se, portanto, a observância de uma fundamentação objetiva para toda normatividade, ou seja, uma necessária deferência à lei natural que, no âmbito moral, supondo a liberdade do ente racional, apresenta-se como diretiva dos atos humanos pois é a “proposição primeira da razão prática” e que, ademais, é “revestida do hábito natural da sindérese, virtude pela qual o homem conhece os preceitos da lei natural de forma habitual”.⁴¹⁴ Usa-se, assim, a expressão “lei natural” porquanto ela “tem sua causalidade intrínseca na própria natureza humana, cujas inclinações naturais a manifestam (elemento ontológico)”, “ordena o homem para os fins ou bens que lhe permitem realizar a sua natureza em toda a sua plenitude (elemento

⁴¹³ SERPENTINO. D. Ser e Dever: o fundamento objetivo das ordens moral e jurídica. O Objetivismo moral e jurídico de caráter metafísico. 2022. Artigo a ser publicado em livro.

⁴¹⁴ Cfr. AQUINO, São Tomás. Suma Teológica, I-II, 94, 1, 2 e 3. Micheal BASTIT resume: “*El texto más significativo sobre esta presencia explícita o no de la naturaleza en la ley es en el que SANTO TOMÁS explica la unidad y la diversidad de la ley natural (S. th., I-II, q. 94, a. 2). En un sentido, la ley se reduce a un solo principio de la razón práctica, a saber, que el bien es lo que todos desean, principio en el que la expresión del apetito natural es evidente. De ahí surge inmediatamente que hay que buscar el bien y evitar el mal. Este apetito general del bien se declina entonces según diversas tendencias de la naturaleza, que indica un bien al nivel de cada una. En cuanto ser y substancia, el hombre tiende a mantenerse en el ser y le repugna desaparecer. En tanto que animal, tiende a reproducirse y a educar a la prole. En tanto que dotado de razón, finalmente, tiende naturalmente a buscar la verdad sobre el conjunto de la realidad y sobre Dios, así como a vivir en sociedad. La vida práctica, ético-política, se resume finalmente en la aplicación de estas tendencias naturales*”. (BASTIT, Michel. *La invocación de la normatividad de la naturaleza en el derecho cit.*, p. 36).

teleológico)” e porque “é conhecida universalmente por todos à luz natural da razão (elemento gnoseolósico)”⁴¹⁵. Ainda, “... lei natural, no sentido de lei moral, consiste em normas segundo as quais o homem viverá como homem – sem se deixar animalizar, arrastado por tendências inferiores ou dominado pelas paixões – observando sempre a justiça e procedendo retamente para com todos”.⁴¹⁶

Nesta ordem de ideias, a lei natural (participação na razão do homem da Lei Eterna, fundamento último de toda normatividade⁴¹⁷) - cujo primeiro princípio ordena *agir/fazer* o bem e *evitar* o mal -, é, portanto, a percepção inteligente da ordem do *ser* e o fundamento próximo e objetivo de toda normatividade, logo das ordens moral e jurídica, de sorte que sua violação – para além da frustração, em alguma medida, do bem comum da comunidade - representa a própria degradação da natureza humana e o distanciamento da perfeição, é dizer, da máxima intensificação do grau de *ser* participável ao ente racional. Dado o caráter deôntico, normativo, imperativo do primeiro princípio da razão prática (deve agir-se/fazer-se o bem) resultará a possibilidade de, nos raciocínios práticos, extrair-se outras proposições conclusivas normativas/imperativas.

GALVÃO DE SOUSA, LEMA GARCIA E TEIXEIRA DE CARVALHO asseveram que “[a]plicados à concreta realidade histórica, os preceitos da lei natural são completados pelas multivariadas normas que constituem a ordem jurídica positiva de cada povo”⁴¹⁸. Já pudemos

⁴¹⁵ Cfr. GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, GARCIA, Clóvis Lema e CARVALHO, José Fraga Teixeira de. Dicionário de Política. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, pp. 546/548.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 546.

⁴¹⁷ Ricardo DIP recorda José Pedro GALVÃO DE SOUSA para dizer que o autor “...não ampara o direito em uma fundamentação imanentista, como se fora um epifenômeno mais ou menos mecânico do Estado, do Povo, da História ou das Forças Produtivas, mas, antes, vai o grande pensador buscar os fundamentos penúltimos do direito nos primeiros princípios da razão prática e nas conclusões gerais da ética, e seu fundamento último na lei eterna. Com efeito, diz José Pedro: ‘O direito natural é um direito essencialmente moral; o direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos princípios da moralidade’. (*Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*).’ Nosso jusfilósofo, tomista que foi, chegou ao rigor lógico dessas premissas fundamentais: a natureza humana não é fundamento bastante para a ordem jurídica, pois não é um constituinte formal das exigências éticas, senão que sua fonte manifestativa primeira: é em Deus, diz José Pedro, que se encontra ‘o supremo fundamento da obrigação moral e jurídica, sendo a lei natural uma participação da lei eterna’ (*Metafísica e Gnosiologia do Direito Natural*). É com abrir-se para a realidade das coisas que os homens conhecem e humanizam-se, intimando-se das verdades que não criaram e a se comportarem conforme suas leis. Por isso, prossegue José Pedro: ‘a concepção do direito natural, se não supõe necessariamente a Revelação, entretanto supõe a lei eterna e, neste sentido, é uma concepção teológica. (...) Todas as outras leis são leis por participação. E a lei positiva só é verdadeira lei na medida em que participa da lei natural, a qual, por sua vez, é uma participação da lei eterna no homem (O Fundamento Objetivo da Ordem Moral e Jurídica).’ (DIP. Ricardo, Elogio a José Augusto Cesar e a José Pedro Galvão de Sousa, pp. 6/7). Disponível em: <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/03/ANA01-075-084.pdf>.

⁴¹⁸ Cfr. GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, GARCIA, Clóvis Lema e CARVALHO, José Fraga Teixeira de. Dicionário de Política. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021, p. 547.

recordar⁴¹⁹ que DIP⁴²⁰, na mesma linha, destaca que parcela das regras - conquanto sem adversar a justiça natural - reclama “determinação humana” por “consentimento comum” (direito positivo) e que para a consecução do bem comum, do justo concreto e para o reforço ou definição das consequências atribuíveis à violação de certos deveres morais tidos por necessários aos fins da boa convivência social, a regulação jurídica atua como “causa eficiente do justo”⁴²¹, de modo que “a segurança jurídica demanda sempre a positividade da ordenação do direito”⁴²², pela qual se estabelecem e detalham preceitos e sanções que reforçam aspectos de certeza e previsibilidade, decorrendo a observância da lei positiva de uma imposição da própria lei natural (também assim no âmbito contratual, porquanto o dever de observância das obrigações negociais [com objeto moralmente lícito, pois, neste campo, a manifestação da vontade é condição nem sempre suficiente a obrigar] decorre do dever de veracidade e fidelidade imposto pela lei natural às partes contratantes). E, na perspectiva *iusnaturalista*

⁴¹⁹ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁴²⁰ V. DIP, R. Segurança Jurídica... pp. 19/20 e AQUINO, S. Tomás. S. T, *Ia-IIae.*, q. 95, art. 1º, *ad secundum*: “...como diz o Filósofo, ‘é melhor que todas as coisas se ordem pela lei do que deixar ao arbítrio dos juízes’. (...) Uma vez que a justiça viva do juiz não se encontra em muitos e é flexível, assim foi necessário que, em todos os casos em que era possível, a lei determinasse o que devia ser julgado, e deixasse pouquíssimas coisas ao arbítrio dos homens”. Outra vez, DIP: “A lei natural exige o concurso de leis emanadas de convênios privados (contratos) e públicos, instituindo-se o justo legal, que tem por objeto, na lição de Aristóteles, as ações que, em sua origem são indiferentes, e que cessam de sê-lo pelo convênio comum (Ética a Nicômaco, Bkk. 1134 a 20 *et sqq.*). E assim é que, defeso, por justiça natural, o homicídio dos inocentes, não deriva da natureza a pena que se deve infligir aos homicidas, pena que reclama a determinação humana ou justo legal. A disciplina jurídica, pois, nem sempre se intima pela natureza das coisas e pelas coisas da natureza: se, de um lado, pode tributar-se à natureza a proibição do homicídio dos inocentes, do furto, do falso testemunho etc., e, com isso, reclamar-se seu castigo, tem-se, de outro lado, como visto, que a ordem da natureza não aponta a mensuração das penas. Então, se o castigo do crime se impõe pelo justo natural, já a medida da pena é determinada pelo justo positivo. Por isso, violaria a natureza das coisas prever a licitude do homicídio, do furto ou do adultério; mas as penas com que devam esses ilícitos castigar-se não se encontram inscritas na natureza, senão que devem ser determinadas pela vontade humana. Próprio do justo legal, como se disse, é a indiferença moral, na origem, do agir ou não agir, de modo que, onde não se encontre essa indiferença –tal se dá nos casos em que a ação ofende o justo natural-, não se autoriza, todavia, a convenção pública supostamente supletória, exatamente porque ela contrastaria com a lei da natureza. De que segue a impossibilidade de convênios que permitam, p.ex., o homicídio de inocentes ou a violação da propriedade”. (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural cit.*, p. 88).

⁴²¹ DIP, R. Segurança Jurídica *cit.*, pp. 21 e 57.

⁴²² *Ibidem*, p. 60. Ainda: “É verdade que a segurança jurídica exige a *positividade do direito*, para que se saiba, de maneira clara e precisa, quais ações, na ordem social, são devidas, permitidas ou proibidas, e para que então se definam e demarquem as consequências jurídicas das condutas. Poderíamos resumir: a segurança jurídica exige leis.” (DIP, Ricardo. *Registro de imóveis. Princípios. Tomo II. Editora Primvs, 2018, p. 57*). Vale recordar que também os “corpos intermédios” entre o indivíduo e a autoridade política (família, universidades, clubes, associações, grêmios, Igreja, etc.) ostentam regulação jurídica, uma normatividade própria, a configurar a diversidade de ordens normativas a que estão sujeitos os homens e que não se reduzem àquela emanada da autoridade política. (DIP, R. Segurança Jurídica *cit.*, p. 59). Assim: “... há normas jurídicas estatais e normas jurídicas extra-estatais.” (*Ibidem*, p. 82).

clássica, reforça DIP, só há lei se a lei for justa, de sorte que a lei positiva deve ser conformada moralmente.⁴²³

Se assim é, tanto na atividade legislativa quanto na administrativa ou judicante, e com vistas ao bem comum, há de ser observada a preceituação da lei natural porquanto impõe-se como fundamento próximo de toda normatividade e, logo, como fundamento das ordens moral, política e jurídica conformes à reta razão e à equidade.

Racional, o ser humano age para um fim⁴²⁴ que é primeiro na intenção e último na ação (na ordem prática, os fins cumprem o papel de princípios⁴²⁵), escolhendo livremente entre bens dispostos à sua presença. Nessa trilha, pode-se compreender o que seja a “verdade prática” (“a conformidade da razão com o apetite reto”⁴²⁶), a ordem pela qual, no âmbito do agir (moral, direito, política e economia inclusos) a razão exerce a função de dirigir/regular, uma verdade prática que depende da conformação do juízo com o real operável sob o aspecto de bem/fim. Nesse passo, sobre a verdade prática e, logo, sobre a verdade jurídica, expõe MASSINI CORREAS que

⁴²³ Veja-se, ainda, GALVÃO DE SOUSA: “No direito natural encontra o direito positivo a razão última e essencial da justiça de seus dispositivos, a *ratio juris*. Não fosse esse critério de justiça, num plano de objetividade reconhecido pela inteligência, e o direito ficaria reduzido a simples produto da vontade arbitrária do legislador ou dos poderes discricionários do chefe. Negar o direito natural é, portanto, afirmar que o direito é expressão da força social dominante, proveniente simplesmente da vontade humana, seja esta a do príncipe, a do ditador (que pode ser um chefe carismático), a de um grupo controlador do poder ou a do povo, por via de plebiscito ou por seus presumidos representantes. Caímos assim numa consequência inevitável (...) que não pode deixar de ser aceita por quem se recusa a admitir o direito natural: o voluntarismo jurídico. Esse voluntarismo se patenteia no positivismo jurídico, em suas várias modalidades, enquanto negação do direito natural.” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro; e outros: Dicionário de Política..., pp. 179/181).

⁴²⁴ Cfr. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 525/537. Expõe, ainda, SILVEIRA, nas páginas indicadas: “...o intelecto capta a *razão de fim*, que contém em si todos os fins particulares a serem *ordenados* à ação que visa ao fim universal. (...) A liberdade, neste horizonte, seria a liberdade de transcender os objetos particulares e alcançar a verdade universal. E isto se dá graças ao intelecto, que move a vontade apresentando a esta a forma dos bens a serem queridos; e quanto mais perfeitamente a inteligência apresentar os bens (os entes) à vontade, mais livre esta será no exercício do seu ato próprio, a escolha”. (*Ibidem*, p. 678)

⁴²⁵ V. AQUINO, S. Tomás. *Suma teológica*, I-II, q. 20, a. 1.

⁴²⁶ “Desse modo, a verdade prática é definida desde Aristóteles como a conformidade da razão com o apetite reto, ou seja, como a conformidade dos meios proporcionados pela razão deliberativa aos fins apresentados pela vontade reta”. (V. BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. Verdade prática e ciência jurídica: uma breve reflexão sobre os três níveis do conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da FMP – nº 9, 2014, p. 124-136, p. 12). Ainda, a nota dos autores: “ARISTÓTELES, *EN*, VI, 1139a 30: ‘*puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga. Esta clase de entendimiento y de verdad es práctica*’. TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*, I-II, q. 57, a. 5.: ‘a verdade do entendimento prático está na conformidade com o apetite reto e essa conformidade não cabe nas coisas necessárias, que não dependem da vontade humana. Ela é possível somente nas coisas contingentes, que podem ser feitas por nós, seja nas coisas interiores, seja nas exteriores. Logo, só se afirma a virtude do intelecto prático em matéria contingente: quando se trata de produzir algo, é a arte; quando se trata do agir, é a prudência’. Também em TOMÁS DE AQUINO. *Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Livro VI, Lição 2, p. 233-234.” (*Ibidem*, nota 1, p. 125).”

“... [e]l fin es, para el realismo, un bien, y el bien y el ente son convertibles, por lo que se tratará siempre de una realidad y su conocimiento resultará verdadero cuando la razón se adecue a esa realidad. Por tratarse de una realidad práctica, el saber que se obtenga será directivo del obrar, pero, para ser verdaderamente directivo, habrá de ser conforme a lo real. En este sentido afirma Josef Pieper que ‘quien ignora cómo son y están verdaderamente las cosas no puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad’ (Pieper, Josef. *Prudencia y Templanza*. Madrid, Rialp, 1969, p.15) (...) En consecuencia, la verdad jurídica no puede definirse sino por su adecuación a la realidad de las cosas, e.d., a lo objetivamente debido, sea por ley natural o positiva.”⁴²⁷

Nos dizeres de PIEPER, “[o] pressuposto da justiça é a verdade”⁴²⁸. VALLET DE GOYTSOLO - sobre a relação entre justiça e verdade - expõe:

“El derecho, como ‘quod iustum est’, es realizado en la medida en que alcanza la verdad de las cosas divinas y humanas. Por eso, Santo Tomás de Aquino explicó que «alguna vez la justicia es llamada verdad», dado que se trata de realizarla mediante un dictamen de la razón práctica y que «a la rectitud de corazón se llama verdad», que «es impresa en la voluntad por la proximidad de la razón». Y el jurista gerundense, Tomás Mieres, en el segundo tercio del siglo XVI, escribiría que la justicia es inseparable de la verdad: -‘iustitiam facit quando sequitur veritatem : quia non est iustitiam ubi non est veritas’». Y a esta verdad se refirió Vico cuando distinguió ‘verum’ y ‘certum’, advirtiendo que el ‘verum’ «es una cierta luz y esplendor que ilumina la razón natural, por lo cual, muchas veces los jurisconsultos romanos usaban ‘verum est’ por ‘aequum est’». A esa verdad nos aproximamos al ponerse en contacto la ‘lumen rei’ con la ‘lumen mentis’, que: por *sinéresis*, nos permite alcanzar los primeros principios de la ley natural; por *abstracción integrativa* de las cosas, la noticia de los universales y, por *abstracción por composición*, las cualidades y valores.”⁴²⁹

Deve-se recordar, ainda, com ECHAVARRIA⁴³⁰, que “[t]eórico ou especulativo não se opõe, para Aristóteles e Santo Tomás, a *experimental*, mas a *prático*, e não se identifica com *racional* no sentido de *a priori*. Ademais, as ciências teóricas e as práticas fundam-se na experiência [do *ser*, acresçamos], ainda que se trate de uma experiência mais ampla e completa que o ‘experimento’ positivista”.

A ciência - desde a perspectiva da perene tradição filosófica - é conhecimento ordenado e meditado dos entes e suas propriedades pelas causas⁴³¹, mesclando-se com a própria filosofia (também compreendida como sabedoria), porquanto esta é o estudo da essência de cada uma das coisas desde seus primeiros e universais princípios, da ordenação de todas as

⁴²⁷ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Cuestión acerca de la virtud de justicia y la verdad jurídica*. In *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 207/210.

⁴²⁸ PIEPER, Josef. *Virtudes fundamentales cit*, p. 17.

⁴²⁹ V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 574/575.

⁴³⁰ ECHAVARRÍA, Martín F. *A práxis da Psicologia cit.*, p. 60.

⁴³¹ Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo cit.*, pp. 31 e ss.

realidades em um todo por meio de uma rede de causalidades, e da dependência desta rede de causalidades a uma primeira causa à qual se subordinam todas as demais causas.⁴³²

Uma concepção de “ciência” muito diversa daquela do cientificismo empirista e também de seus desdobramentos modernos, os quais – e disto já se tratou no Capítulo I.2 - acabam por realizar um corte na estrutura do real e limitam seu alcance apenas aos elementos acessíveis aos sentidos externos e não consideram outras realidades necessárias, assim a causa primeira imaterial e imóvel que se impõe inexoravelmente como exigência para todos os demais entes causados, ou realidades imateriais como a consciência do real, do *ser*, como a operação intelectual de abstração dos elementos materiais inicialmente apreendidos pelos sentidos, própria ao modo humano de conhecer, uma inteligência que, assim, é potência para todos os universais e apreende a “quididade” dos entes e, por isso, não pode ser um corpo extenso e não pode ser consequência de princípios da filosofia experimental.

Decorre que a ciência experimental-empírica – sendo um recorte da realidade na medida em que pode apenas alcançar os elementos acessíveis aos sentidos externos (dos quais os instrumentos laboratoriais são como que uma extensão), sendo limitado seu método e amparando-se em princípios com menor grau de certeza – somente possa produzir resultados provisórios. Desprezando uma grande parte da estrutura da realidade ao propugnar uma cosmovisão que não integra princípios explicativos da totalidade dessa realidade, deveria obrigatoriamente reconhecer o corte epistemológico em que opera e a dimensão redutiva de suas conclusões, as quais embora tenham inegável importância aplicada em várias áreas do conhecimento, não são *omniabarcantes* e são marcadas pela provisoriedade, nada podendo afirmar quanto a realidades - cujo reconhecimento, ainda que eventualmente não evidente, impõe-se como necessário⁴³³ em uma estrutura geral de causalidade - que não podem ser alcançadas pela própria limitação do método experimental, o qual exclui as causas final e formal do movimento, privilegiando a material e eficiente (com ênfase no acidente da quantidade e na medição do movimento, não em suas causas ou em sua essência).

Destarte, a concepção de ciência que nesta investigação se invoca, transcende, obviamente, a noção empírica de conhecimento e de experiência, abrangendo toda a estrutura do real, inclusive seus aspectos imateriais, como a apreensão da “quididade” dos entes em suas

⁴³² V. ROSA, Antonio Donato. O que é a vida. Introdução a conceitos filosóficos e metafísicos fundamentais.

⁴³³ Tal a Primeira Causa.

relações e os universais, para considerar especialmente as causas formal e final. Nesse passo, reconhece-se clara proeminência da metafísica enquanto ciência primeira.⁴³⁴

Mas, se assim é, a pergunta que se coloca é se poderia haver uma ciência “prática” (que tenha por objeto o obrar humano), é dizer, concernente ao âmbito do contingente e do mutável. A resposta é – considerado o conteúdo analógico do conceito de ciência - afirmativa. Sendo o conceito de ciência análogo, aplicável a realidades distintas mas idênticas segunda alguma razão (no caso, a de explicar pelas causas e recair sobre um objeto universal e necessário)⁴³⁵, as ciências práticas (e a filosofia prática) – e isto aponta MASSINI CORREAS⁴³⁶ - consideram o que de universal e necessário (deonticamente) pode descobrir-se no contingente obrar humano, aquilo que necessariamente impõe-se como conduta devida porquanto necessária a um fim/bem, ao fim/bem real humano e ao fim/bem comum, o que desde logo põe de manifesto a importância da causa formal, que é princípio determinativo dos entes (tal a racionalidade nos seres humanos), e a causa final, na medida em que a necessidade do objeto (no âmbito prático) se dá somente nos princípios universais e necessários (que, neste mesmo âmbito prático, cumprem o papel de fim), não em suas aplicações (em que se dá a mutabilidade do contingente), tudo a possibilitar o estudo de realidades históricas e contingentes – também as jurídicas – desde a perspectiva da natureza das coisas e de cada coisa e dos princípios jurídicos necessários e universais. Se os fins, no âmbito prático, cumprem o papel de princípios, compreende-se essa relação de causalidade final (o fim do conhecimento prático é, principalmente, a reta direção do *agir/fazer*) e também porque os diferentes níveis de saberes práticos apresentam-se assim subalternados: o de tipo prudencial recebe seus princípios, imediatamente, das ciências práticas e, fundamentalmente, da filosofia prática; as ciências práticas, a sua vez, recebem seus princípios da filosofia prática, este último o nível de saber que se apresenta como diretivo dos demais e que controla a verdade de seus resultados, conferindo-

⁴³⁴ “En el saber humano hay una unidad de orden, pues las ciencias dependen unas de las otras y se apoyan mutuamente. La subalternación o subordinación de una ciencia a otra es la dependencia de un saber científico respecto de otro, del que recibe algunos conocimientos, y puede ser material o formal.” (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del derecho justo cit.*, p. 34). Confira-se, ainda, SILVEIRA: “Para a filosofia escolástica há, em linhas gerais, três graus principais de abstração: o da física, que aborda o ente na perspectiva do movimento; o das matemáticas, que considera o ente na perspectiva das relações; e o da metafísica, que considera o ente enquanto ente — desprovido de todo e qualquer *modus*. Isto implica dizer que a física está subordinada à matemática e à metafísica; a matemática, à metafísica; e a metafísica, a nenhuma das duas, pois representa o grau máximo de abstração que a inteligência humana pode lograr, razão pela qual merece ela o título *de ciência por excelência*, pois todas as demais a supõem fundamentalmente. Quando se diz *subordinação*, quer-se dizer que uma ciência busca em outra os seus princípios.” (Cf. SILVEIRA. S., *Cosmogonia da Desordem cit.*, pp. 264).

⁴³⁵ Veja-se: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Querella sobre la ciencia del derecho. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 91/119.*

⁴³⁶ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento practico cit.*, pp. 195 e ss..

lhes a unidade que provém de sua ordenação a um fim comum. Para mais, o conhecimento prático apresenta-se subalternado ao conhecimento teórico (seja daquele proveniente da antropologia filosófica, seja do proveniente da psicologia filosófica) e necessariamente dependente da metafísica, “filosofia primeira” sem cujas noções (*ad. ex.*, ato e potência, substância e acidentes, transcendentais do *ser*, causalidade etc.) não se pode convenientemente erigir a filosofia prática.

ORREGO SÁNCHEZ expõe, com efeito, que as ciências ditas particulares estudam⁴³⁷ tipos específicos de entes em seus princípios próximos, pressupondo certas noções filosóficas fundamentais (*ad. ex.*, a de natureza humana, de verdade e do ato de conhecer), bem assim assevera que, especificadamente, a ciência do direito encontra seu lugar na arquitetura do conhecimento e da práxis humana, anotando que – tal como se dá com toda ciência prática – subordina-se a alguma especulativa, porquanto a ação humana requer um conhecimento das coisas sobre as quais opera.⁴³⁸ Pontua, pois, o autor, que a ciência jurídica - como toda ciência - é conhecimento do real e não pode prescindir de uma filosofia realista do direito, é dizer, de uma filosofia do direito fundada na metafísica do *ser*.⁴³⁹

Sobre o direito e a política entendidos enquanto ciências práticas⁴⁴⁰ (o que pode estender-se analogicamente à economia), já se pôde destacar que

⁴³⁷ Sobre o método científico, expõe ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo cit.*, p. 35: “*Método científico es el modo ordenado de proceder para el conocimiento de la verdad, en el ámbito de una determinada disciplina científica*”. *Es ‘la lógica de la ciencia’. La ciencia es el conocimiento de unas conclusiones, obtenidas demostrativamente a partir de unos principios que se toman de la experiencia. De modo que la experiencia es el punto de partida del saber científico, tanto especulativo como práctico. Mas no basta la experiencia ni la formulación de principios universales a partir de ella, sino que se requiere llegar a conclusiones particulares por medio del uso del raciocinio o demostración. La demostración puede ir de los efectos a las causas o de las causas a los efectos. En el primer caso (demostración ‘quia’ o por el efecto) hay una explicación científica, pues se señala la una causa antes desconocida. En el segundo caso (demostración ‘propter quid’ o por la causa) estamos en presencia de una verdadera deducción, que adquiere modalidades y grados de aplicación diversos, dependiendo de la ciencia o causa de que se trate. Por ejemplo, las matemáticas son esencialmente deductivas. En las ciencias prácticas se razona ‘propter quid’ a partir de la finalidad, pues las causas finales constituyen los primeros principios en materias operables”.*

⁴³⁸ Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo cit.*, pp. 32 e ss..

⁴³⁹ “*La ciencia jurídica, como toda ciencia, es conocimiento de lo real. Por eso, sólo una filosofía realista del derecho (firmemente arraigada en la metafísica del ser) puede ser su fundamento.*” (*Ibidem*, p. 8).

⁴⁴⁰ “... o termo ‘ciência’ contido na expressão ‘ciência prática’ não possui o mesmo sentido do que aquele que quer expressar a ciência moderna, que se fundamenta em uma epistemologia única, qual seja a das ciências experimentais, de modo que para o saber poder receber o qualificativo de científico ele necessita ser empiricamente verificável. Por tal epistemologia, portanto, seria inconcebível uma ciência prática, uma vez que os fins verdadeiros que orientam a ação humana não são da ordem física. Entretanto, mesmo não se enclausurando em sua concepção moderna, o termo ‘ciência’ traduz-se em um saber explicativo (conhecimento das causas) aplicado a um objeto universal e necessário, o que *prima facie* também o impediria de aparecer no campo prático, uma vez que as ações humanas são contingentes e livres. A ideia de ciência prática (da qual a ciência jurídica faz parte) que utiliza Massini-Correas, por outro lado, é utilizada de modo analógico, encontrando fundamento em Tomás de Aquino, que afirma que também é possível uma ciência do contingente, desde que se o conheça em suas razões universais,

“...enquanto ciências humanas não podem ignorar que tratam, no contexto social e político (relacional, pois), de ações livres do homem, de modo que são ciências⁴⁴¹ que, mesmo enquanto desenvolvem algum aspecto teórico visam a iluminar a prática de seus respectivos âmbitos, pressupondo a nota da liberdade do ente humano, o que aponta ao caráter moral que lhes é subjacente e subalternante, com a consideração dos fins do homem e da sociedade política na ordem de todas as coisas, ainda que também se considerem os elementos de experimentação circunstanciados a implicar especificado caráter prudencial, de modo que o soberano/governante e os juristas devem ostentar, na atividade prática, em especial as virtudes da justiça e da prudência.⁴⁴² Do que se conclui – à luz desta tradição - que o direito e a política [e também a economia, acresçamos agora] podem assumir, em certo sentido analógico, o sentido de ciências (explicando pelas causas ao recair sobre os princípios necessários e verdadeiros) - e de ciências que são prático-morais⁴⁴³ (porque visam a dirigir a ação humana, no que se estabelece relação direta com a prudência) - que se desenvolvem em um contexto social e que não podem prescindir da consideração do comportamento livre do ente humano nas relações estabelecidas e com consideração circunstanciada das experiências sociais e de dados contingentes, de modo tal que a organização que assumem deve estar em função da ordem de todas as coisas e, nela, da posição ocupada pelo ente humano - enquanto dotado de racionalidade - e de seu fim”.⁴⁴⁴

Tal como a relação entre direito e moral não se revela meramente contingente, a economia, inserta no âmbito prático, também não se aparta da moral, relacionando-se e

que são necessárias, e não enquanto singular, que pode ser gerado e corruptível. Portanto, nas ciências práticas a necessidade do objeto se dá nos princípios, e não nas aplicações. É justamente, então, nesses princípios naturais necessários do agir humano que a ciência se encontra com a verdade contemplada no nível da filosofia do direito. (...) Assim, em uma postura antimetafísica, somente a realidade empírica pode contar como dado objetivo e fiável de conhecimento. Já em uma postura de fundamento metafísico, a realidade transcende o dado empírico, e os transcendentais, como o bom e o belo, passam também a ser cognoscíveis. (...) No caso da moral, afirma-se uma realidade axiológica, que diz respeito à causa final do homem. Essa realidade é uma relação entre o homem e o seu fim moral que lhe é assinalado por natureza, qual seja, a plenitude de seu ser” (BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. Verdade prática e ciência jurídica: uma breve reflexão sobre os três níveis do conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da FMP – n° 9, 2014, p. 124-136, pp. 127/129).

⁴⁴¹ “É a ciência jurídica que descreve, explica e justifica o direito concreto, que oferece uma narrativa sob cuja luz os preceitos jurídicos podem ser compreendidos uniformemente: forma uma compreensão comum de um direito determinado. Dessa forma, dentro da contingência política dos desacordos, a ciência jurídica cumpre um papel fundamental na passagem da verdade necessária dos princípios universais do direito à verdade contingente das aplicações concretas do direito.” (*Ibidem*, p. 134)

⁴⁴² “...se essa relação entre verdade prática e ciência prática pressupõe princípios necessários e verdadeiros, essa relação ainda não dá conta daquilo que configura esses saberes como práticos, qual seja a ação humana concreta, pois o fim ao qual se orienta uma ciência que se quer prática deve ser a reta direção do agir. Ao vincular-se a esse plano concreto, a ciência prática estabelece uma relação direta também com o plano da prudência. A verdade no plano prático aparece, portanto, ligada a três níveis diferentes de conhecimento jurídico: o da filosofia, o da ciência e o da prudência. Do mesmo modo, a verdade se relaciona, no campo jurídico, como parte do campo prático, também nesses três níveis” (*Ibidem*, pp. 128/129)

⁴⁴³ “...a ciência jurídica se configura pelo nível que estabelece a intermediação entre o mais plano mais geral – o da filosofia jurídica – e o mais concreto – o da prudência jurídica. É ele dessa forma que não só descreve como também explica e justifica o direito de uma determinada comunidade jurídica à luz dos princípios da lei natural. Ela explica, então, como se liga o fenômeno político do direito à essência da verdade moral. (...) Assim, ao não se limitar a apenas descrever normas, a ciência jurídica concebida nesses moldes (como intermediária) permite juízos valorativos, quais sejam os de adequação de uma determinada prática jurídica aos fins últimos (...). Ela é ciência porque explica as causas e recai sobre os princípios do direito, e não sobre suas aplicações, e também é prática, porque visa orientar a ação humana. (...) A ciência jurídica, então, pode existir desde que se analisem as realidades contingentes da perspectiva de sua naturalidade e à luz de princípios universais para que se possa fazer uma análise crítica e valorativa da realidade jurídica.” (*Ibidem*, pp. 132/134).

⁴⁴⁴ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

subordinando-se ambas, o que expõe a evidência de a economia – que tem um fim próprio, qual seja a boa direção da vida relativamente à sociedade doméstica (em sua ampla acepção) - não se erigir como uma ciência que, para ser ciência, deva ser empirista ou “neutra”, e não supor, no aspecto em que deve explicar pelas causas ao recair sobre os princípios necessários e verdadeiros, alguma concepção adversa ao que seja verdadeira “ciência” genericamente compreendida, que outra coisa não é senão *cognitio certa per causas*⁴⁴⁵, embora seja certo que, enquanto vise a regular o âmbito prático, também estabeleça direta relação com a prudência e não possa prescindir da consideração do comportamento humano livre e da consideração circunstanciada das experiências sociais e de dados contingentes.

Tem-se, portanto, que ademais de fundamentado formalmente na metafísica, todo conhecimento prático também se subordina à moral/ética.⁴⁴⁶ Nesse panorama filosófico, emerge a claridade da relação necessária (não meramente contingente) e de subordinação entre as ciências práticas (direito, política e economia inclusos) e a moral/ética. Dentre as lições de tantos autores que a destacam, cite-se a de ORREGO SÁNCHEZ:

*“Las ciencias prácticas se apoyan en las especulativas y se subordinan —todas— formalmente a la ética, pues cualquier objetivo práctico del hombre es orientado hacia su fin último por normas universales, las cuales no impiden, en todo caso, un uso de la libertad contrario a ellas”.*⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ “Com efeito, define-se a ciência, no conhecido conceito aristotélico, *cognitio certa per causas*; mais ampliadamente, a ciência é o conhecimento da realidade, de modo crítico, metódico e sistemático, não se reduzindo à noção específica das ciências da natureza.”. (DIP, Ricardo. Da ética geral à ética profissional dos registradores prediais. 4ª edição [eletrônica]. Quinta Editorial: 2008, p. 13/14)

⁴⁴⁶ “*El derecho se fundamenta formalmente en la metafísica y la ética. Se subordina a la primera en cuanto la ciencia jurídica es una ciencia particular que requiere de un fundamento filosófico de sus últimos principios y causas, lo cual compete a la filosofía del derecho; a la segunda, en cuanto el derecho es una ciencia práctica, pues cualquier objetivo práctico del hombre es orientado a su fin último por la moral. La afirmación anterior resulta especialmente verdadera en el caso del derecho —entre las demás ciencias operativas—, pues determinar cognoscitivamente, en general, las cosas justas, supone una noción de justicia que viene dada por la filosofía moral (de ahí que las distintas concepciones morales de los juristas les lleven a diversas apreciaciones acerca del derecho). (...) Por ende, una ciencia del derecho neutra, que pretende prescindir de la ética —en último análisis, de la dignidad de la persona humana—, contradice su propio objeto formal (la justicia), que de suyo es ético. Puede compararse a una ciencia biológica que prescindiera de la vida, o a una matemática que se olvidara del número y la cantidad. En todo caso, conviene recordar que la filosofía del derecho necesita, a su vez, de la ciencia jurídica. Ésta le proporciona datos sobre la realidad, los cuales —tomados globalmente— constituyen la experiencia indispensable para toda filosofía realista. Otro tanto ocurre con la moral, que en el orden práctico de la justicia requiere un conocimiento del derecho. Se trata, en las dos situaciones, de una subalternación material.*” (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del derecho justo cit.*, p. 52).

⁴⁴⁷ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del derecho justo cit.*, p. 35.

VALLET DE GOYTISOLO, enfim, assevera que, como toda ciência, a ciência do direito não prescinde da verdade, a qual por ela deve ser buscada na natureza das coisas visando a uma ordem social humana justa, pois é ciência moral moderadora da política e da economia.⁴⁴⁸

Assentada, na linha do quanto aqui vai se desenvolvendo, a relação de subordinação de todo conhecimento prático à metafísica, é de concluir-se que todo desenvolvimento de reflexões teóricas nas ciências ditas práticas - em especial o direito e a política, mas também a economia -, porque são esforços teóricos que visam, ao cabo, iluminar o âmbito da prática destes campos do conhecimento, devem tanto considerar o aspecto prático-moral subjacente a estas ciências quanto guardar o fundamento onto-metafísico genuinamente objetivo.

Note-se, porém, que a prevalência de muitas das noções - atualmente em voga - de conhecimento, verdade e ciência somente se explica se considerarmos um mundo em que o nominalismo tornou-se hegemônico e em que se estabeleceu um dualismo insustentável entre *ser* e *dever*, um equivocado caminho filosófico no qual, mais recentemente, ganharam corpo certas filosofias da linguagem tributárias de um capítulo epílogo da revolução gnosiológica, o que resultou em que se ignorassem realidades antes muito claras e supostas pela sã filosofia e por realistas teorias do conhecimento (como as realidades de que a verdade é uma relação de adequação/conformidade entre a coisa e o intelecto, de que o pensamento transcende a linguagem⁴⁴⁹, de que esta – instrumentalmente designativa da realidade - é o signo verbal do pensamento, de que o mundo não é a linguagem nem esta se reduz ao uso que dela se faz) em prol de retóricas que estariam a disputar um “relato vencedor” e a construir uma “pseudoverdade” ontologicamente inexistente ou inalcançável.

VALLET DE GOYTISOLO é preciso:

⁴⁴⁸ “*Todas las ciencias buscan acercarse a la verdad de las cosas; pero buscan específicamente verdades particulares: las ciencias naturales, la verdad científica de la naturaleza material, y cada rama lo hace bajo su propia perspectiva (la mineralogía, la botánica, la zoología, la física, la física cuántica, la química, la tienen cada cual específica); la ecología busca el equilibrio de la naturaleza que nos rodea; la sociología, la de los fenómenos sociales; la economía busca la de la producción en la distribución y el consumo en los fenómenos económicos. En cambio, la ciencia del derecho, en la naturaleza de las cosas debe buscar la verdad general -en cuanto le sea asequible- para poder determinar el orden social humano justo con las pautas correspondientes de la justicia general o legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa*” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, p. 575).

⁴⁴⁹ Cabe aqui a advertência de SILVEIRA: “(...) será absurda toda filosofia que separe a Idéia (forma inteligível existente na mente) das coisas (entes reais *extra mentis*). Veja-se o quão distantes estamos das várias *filosofias da linguagem*, pois estas, sem nenhuma exceção, se tivessem compreendido as primeiras palavras do *Peri Hermeneias* de Aristóteles saberiam que a linguagem é tão-somente veículo do pensamento humano. E o é enquanto *signo* de que ele se reveste, mas não se identifica com ele em sentido absoluto, porque O PENSAMENTO ULTRAPASSA FORMALMENTE A LINGUAGEM. Que dirá qualquer boa filosofia, em que o pensamento penetra o íntimo das coisas e lhes descortina o ser que a elas foi participado!” (V. SILVEIRA, S., *op. cit.*, p 658).

“El realismo y el nominalismo se diferencian porque el primero trata de transparentar la realidad, con sus universales, en las palabras; en cambio, en todas las concepciones nominalistas con las palabras tratan de imponer un sentido a las cosas. Todos los ideologismos --aunque sean economicistas, tecnocráticos o materialistas, como el marxismo-- tratan de imponer con las palabras un significado concorde con su propia ideología.”⁴⁵⁰

Recordamos - noutro estudo⁴⁵¹ - que, no ápice da revolução gnosiológica, com o “giro logístico” e o “giro linguístico”, a linguagem passa a ser vista, por variadas correntes, como condição e pressuposto do conhecimento, do sujeito e do próprio mundo. Dá-se, então, um aprofundamento na modificação – antes já iniciada por filosofias da modernidade também em algum grau consequentes ao nominalismo (tais a filosofia do pensamento, a racionalista e a empirista, *ad ex.*) - das noções tradicionais de conhecimento, verdade e ciência. Destacará BOBBIO⁴⁵² o surgimento, após o impacto dessa revolução linguística e gnosiológica, da concepção segundo a qual a ciência somente começaria a partir da formação da chamada linguagem científica, linguagem que - de um conhecimento puramente subjetivo (percepção individual) - faria um conhecimento intersubjetivo no grau máximo. Com o advento de novas “filosofias da linguagem” chega-se ao apogeu da revolução metafísico-gnosiológica: dá-se o chamado “giro-linguístico”⁴⁵³, pois – conforme CARVALHO - a “linguagem deixa de ser instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para a constituição do próprio conhecimento enquanto tal”, de sorte que “não existe mais um mundo ‘em si’, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta” e, após, expressada/designada, mas “só temos o mundo e as coisas na linguagem”.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ VALLET DE GOYTSOLO, Juan Bms. *La enciclica “centésimo aniversario” en la tradición de la doctrina social de la iglesia proyectada a cosas nuevas. Verbo. Verbo*, núm. 297-298 (1991), p. 1054.

⁴⁵¹ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁴⁵² BOBBIO, Norberto. “*Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*” (1990) [1950], en Norberto Bobbio *Contribución a la teoría del derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), editorial Debate, Madrid, pp. 171-196.

⁴⁵³ “*Es bien conocido el oportuno dictum de Richard Rorty acerca de que en la filosofía contemporánea, la filosofía posterior a la Segunda Guerra Mundial, se ha producido un ‘giro lingüístico’, semejante al ‘giro gnoseológico’ propio de la Modernidad y del que Kant intentó apropiarse dándole el pomposo título de ‘giro copernicano’.* Rorty, en el libro que lleva casualmente el título de *El giro lingüístico*, caracteriza a este último diciendo que consiste en la adopción de una entera concepción de la filosofía centrada en, y desarrollada a partir de, el fenómeno del lenguaje humano. ‘Entenderé por - escribe el pensador norteamericano — el punto de vista de que los problemas filosóficos pueden ser resueltos (o disueltos) reformando el lenguaje o comprendiendo mejor el que usamos en el presente. Esta perspectiva - concluye — es considerada por muchos de sus defensores el descubrimiento filosófico más importante de nuestro tiempo y, desde luego, de cualquier época.’” (MASSINI CORREAS, C. I. *Notas sobre hermenéutica, historia y verdad: consideraciones críticas a partir de las ideas de O.N. Derisi [en línea]. Sapientia*. 2004, 59 (215). Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12322>, p. 243).

⁴⁵⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 5ª ed. – São Paulo: Noeses, 2016, pp. 14/15. V., ainda, FERNANDES: “a realidade e o pensamento passam a ser estudados a partir do filtro linguístico: o ponto central da reflexão dá-se na forma com que as ideias, palavras e

Já pudemos, no mesmo referido estudo, apontar que

“WITTGENSTEIN, com efeito, afirmara: ‘os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo’.⁴⁵⁵ A linguagem não é algo que exista no mundo; ao revés, o mundo é que só existe na linguagem⁴⁵⁶, uma linguagem cuja função em WITTGENSTEIN – aponta ALEXY – ‘é a representação do mundo’⁴⁵⁷ e que se revela, conforme REALE e ANTISERI, em uma multiplicidade de ‘jogos linguísticos’ e de ‘funções linguísticas’ que ‘descrevem e mostram o uso das palavras numa forma de vida, num contexto de instituições e comportamentos humanos’⁴⁵⁸. Em WITTGENSTEIN - aduzem estes dois últimos autores – ‘entre as proposições, como entre os fatos, não há hierarquia; há somente coleções de proposições, e a coleção inteira é o saber inteiro’⁴⁵⁹. A ‘antimetáfrica do *Tractatus*’ revela-se porquanto se entende ‘a realidade representável e portanto cognoscível como a realidade empírica’.⁴⁶⁰ Com a fratura completa entre função linguística e formas substanciais (as essências, cuja existência já não mais se admite) e a noção de que o ‘conceito designa uma ‘família de semelhanças’⁴⁶¹, desvincula-se o discurso de uma base genuinamente objetiva e impacta-se fortemente os saberes teóricos e práticos.⁴⁶² Neste

coisas se conectam. Ao longo dessas décadas, surgiram várias disciplinas que, de diferentes abordagens metodológicas, concentram-se na linguagem: sociolinguística, semiótica, psicologia cognitiva, informática, filosofia da mente, entre tantos outros saberes.” (FERNANDES, André Gonçalves. Viagem ao centro do homem. Antropologia fundamental para a excelência humana. Campinas: Vide Editorial, p. 218)

⁴⁵⁵ V. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]. - 3.ed. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 245 (5.6). Veja-se, também: “*En efecto, "hay un cambio fundamental - afirma Alejandro Llano — en la actitud del pensamiento del pasado siglo (se refiere al siglo XX; CIMC) acerca del lenguaje, y es que éste ya no se considera como objeto sino como condición de posibilidad de los objetos (...). En la filosofía del lenguaje contemporánea, de modo general, el lenguaje ya no se toma como algo sobre lo que se piensa, sino como algo desde lo que se piensa: como algo primario y anterior, a priori, como una dimensión constitutiva o constituyente de la realidad (...). En este sentido — concluye — el lenguaje aparece como una dimensión trascendental y la filosofía del lenguaje como una filosofía primera'. Dicho de otro modo, lo que sucede con la filosofía lingüística actual se reduce fundamentalmente a dos cosas: (i) que de los tres elementos centrales del fenómeno del lenguaje: las palabras, las ideas y las realidades', esa filosofía se ha centrado casi exclusivamente en el lenguaje, dejando a un lado a las realidades, sobre las que se había volcado preferentemente la filosofía clásica, y a las ideas, que habían sido el objeto privilegiado de la filosofía moderna; y (ii) que ese lenguaje ha sido considerado, desde esa perspectiva, como la condición de posibilidad de todo conocimiento y, en definitiva, de toda realidad; se trata, en otras palabras, de una suerte de lingüismo trascendental. "Lo que es objeto del conocimiento y de sus enunciados — afirma en este sentido Hans Georg Gadamer — se encuentra por el contrario abarcado siempre por el horizonte del lenguaje, que coincide con el mundo'.*” (MASSINI CORREAS, C. I. *Notas sobre hermenéutica, historia y verdad cit*, pp. 243/244).

⁴⁵⁶ Diz FERNANDES: “Gadamer (1992:515) afirma que ‘o ser que se pode entender é somente a linguagem’ e que ‘o objeto do conhecimento e de seus enunciados encontra-se abarcado sempre pelo horizonte da linguagem, que coincide com o do mundo’. Neste mundo reduzido à linguagem, no qual o acesso aos entes naturais está negado de antemão e só é capaz de conhecer usos linguísticos (diálogos, consensos e as realidades performativas), não é possível conhecer, no sentido de conhecer em si mesmo, um fundamento objetivo para a realidade das coisas’.” (FERNANDES, André Gonçalves. *op. cit.*, nota 159, *in fine*, p. 219).

⁴⁵⁷ V. ALEXY, R. 2017. Teoria da Argumentação Jurídica. 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, p. 59.

⁴⁵⁸ V. REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario, *op. cit.*, p. 947

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 941.

⁴⁶⁰ Sobre a controvérsia a respeito da interpretação positivista (ou neopositivista) do *Tractatus*, veja-se: “...a influência mais consistente foi exercida nos neopositivistas, que, embora rechaçassem sua parte mística, aceitaram sua antimetáfrica, retomaram sua teoria da tautologicidade das asserções lógicas, interpretaram as proposições atômicas como protocolos das ciências empíricas e assumiram sua ideia de que a filosofia não é doutrina, mas atividade esclarecedora da linguagem científica. E mediante a *Introdução* de Russell ao *Tractatus* e a interpretação dos neopositivistas, o *Tractatus* foi visto pela maioria dos estudiosos como a Bíblia do neopositivismo.” (*Ibidem*, p. 942)

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 947.

⁴⁶² Aqui se percebe claramente o quanto se distancia a filosofia, com o giro linguístico, da tradição aristotélico-tomista. Com efeito, recorda SILVEIRA: “Santo Alberto Magno, em sua *Suma Teológica*, diz com muito acerto

último campo, ganha força a noção de que a normatividade de toda atividade prática e as relações em que ela se funda espelhariam discursos de poder frutos de construção linguística (e, portanto, passíveis de desconstrução), o que se expressará em numerosas correntes teóricas”⁴⁶³ [que estariam a disputar um “relato vencedor”].

Ocorre que reduzir a estrutura do real e a sua possibilidade de compreensão à linguagem (ou ao uso e sentidos de seu emprego em diferentes contextos e “jogos linguísticos” – e isso já se aponta como sendo uma das dificuldades para a “inteligência artificial” mesmo entre aqueles filósofos da linguagem e analíticos que promovem um recorte da realidade) resulta, todavia, de ignorar a própria estrutura do real em sua integralidade, a natureza do intelecto e a própria natureza humana.

A linguagem, com efeito, não é condição ou pressuposto do conhecimento, do sujeito e do mundo, mas é antes veículo do pensamento e instrumento expressivo/designativo da realidade do mundo e da intencionalidade dos conceitos, é dizer, também dos conceitos intelectivos apreendidos com o uso da razão (imateriais, portanto), pois o intelecto é potência para os universais. Bem aponta PIEPER⁴⁶⁴ que “razão”, para S. TOMÁS, é “visão da realidade”, “receptividade do real”. Uma razão que “se aperfeiçoa no conhecimento da verdade”, esta que não é senão “a descoberta e a revelação da realidade”.

Já tivemos oportunidade⁴⁶⁵ de recordar que a concepção aristotélico-tomista acerca do ato de conhecimento postula a apreensão - pelo sujeito e por meio do processo de abstração da potência intelectual - da forma substancial do objeto conhecido, de modo que a verdade é concebida, portanto, como a adequação da coisa ao intelecto, e que a linguagem, em linha com essa tradição, é instrumento expressivo/designativo da realidade do mundo (que lhe é anterior e independente - anterior e independente do sujeito cognoscente, inclusive) e da intencionalidade dos conceitos, de modo que nomear/expressar não é uma capacidade que se dê com desprezo da relação entre as essências e as palavras⁴⁶⁶, pois o homem é um animal que

que o nome não é outra coisa senão uma implícita definição; e, essencialmente, a definição é a explicação detalhada do nome. Nome e definição são, portanto, a matéria prima do filósofo, o insumo que lhe permite fazer as distinções necessárias por meio das quais entrará na posse imaterial da essência dos entes — posse esta a que, sem medo de errar, podemos chamar de *verdade*.” E os nomes, recorda SILVEIRA, “se referem direta ou indiretamente às coisas reais, conforme ensinara Aristóteles no *Peri Hermeneias*”. Mais: “(...) a palavra escrita não é capaz de aprisionar o pensamento, do qual é sempre uma expressão mais ou menos restrita. Isto se explica, entre outros fatores, pela circunstância de que a palavra é símbolo de uma realidade plerórica de ser, a qual a transcende em absoluto”. (Cf. SILVEIRA, S., *op. cit.*, p. 272/273 e notas 640 e 643).

⁴⁶³ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁴⁶⁴ PIEPER, Josef. *Virtudes fundamentais cit.*, p. 17.

⁴⁶⁵ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁴⁶⁶ Por isso afirma SILVEIRA, desde o ponto de vista tomista: “(...) será absurda toda filosofia que separe a Idéia (forma inteligível existente na mente) das coisas (entes reais *extra mentis*). Veja-se o quão distantes estamos das

fala, um falar que tem função social: “dizer *a alguém* o que *as coisas são*”⁴⁶⁷. Disso emerge claro que o ser humano é capaz de conhecer intelectivamente a essência das coisas, aquilo que elas são (ainda que sem esgotar o conteúdo de cada essência), e, movido pela vontade, agir no mundo, valendo-se, assim, da linguagem para expressar o *ser* e o *dever* (entranhado no próprio *ser*) segundo as diferentes funções do discurso: concebe, descreve e expressa o que cada coisa é, e prescreve/normatiza a atividade prática em vista de seu bem/fim, sua perfeição, e do bem comum. Mesmo as modalidades de discurso prático (que também guardam o substrato ontológico) expressam, de algum modo, o caráter veritativo do *ser* ao ordenar o que *deve ser*: é dizer, se os discursos enunciativos buscam exprimir a “verdade especulada”, objeto do intelecto especulativo a que se chega pelo juízo teórico, os discursos práticos têm por função exprimir a “verdade prática” (que é “a conformidade da razão com o apetite reto”) ⁴⁶⁸, a ordem pela qual, no âmbito do agir, a razão exerce outra função, a de dirigir (o que faz à proporção de bem que é o próprio *ser* enquanto apetecível, que é o mesmo *ser* verdadeiro e que tem, ainda, razão de fim). Por isso apontam BOFF e FLORES que “as noções de conhecimento e verdade prática são analógicas em relação às noções de conhecimento e verdade teórica. A verdade prática difere da verdade teórica por certos traços, mas ambas caem sob a mesma definição geral da verdade”.⁴⁶⁹

várias *filosofias da linguagem*, pois estas, sem nenhuma exceção, se tivessem compreendido as primeiras palavras do *Peri Hermeneias* de Aristóteles saberiam que a linguagem é tão-somente veículo do pensamento humano. E o é enquanto *signo* de que ele se reveste, mas não se identifica com ele em sentido absoluto, porque O PENSAMENTO ULTRAPASSA FORMALMENTE A LINGUAGEM. Que dirá qualquer boa filosofia, em que o pensamento penetra o íntimo das coisas e lhes descortina o ser que a elas foi participado!” (V. SILVEIRA, S., *op. cit.*, p 658).

⁴⁶⁷ MARÍAS, Julián, *História da Filosofia*. Tradução Claudia Berlinder. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 92.

⁴⁶⁸ “Desse modo, a verdade prática é definida desde Aristóteles como a conformidade da razão com o apetite reto, ou seja, como a conformidade dos meios proporcionados pela razão deliberativa aos fins apresentados pela vontade reta”. (V. BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. *Verdade prática e ciência jurídica: uma breve reflexão sobre os três níveis do conhecimento jurídico*. Revista da Faculdade de Direito da FMP – nº 9, 2014, p. 124-136, p. 12). Ainda, a nota dos autores: “ARISTÓTELES, *EN*, VI, 1139a 30: ‘*puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga. Esta clase de entendimiento y de verdad es práctica*’. TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*, I-II, q. 57, a. 5.: ‘a verdade do entendimento prático está na conformidade com o apetite reto e essa conformidade não cabe nas coisas necessárias, que não dependem da vontade humana. Ela é possível somente nas coisas contingentes, que podem ser feitas por nós, seja nas coisas interiores, seja nas exteriores. Logo, só se afirma a virtude do intelecto prático em matéria contingente: quando se trata de produzir algo, é a arte; quando se trata do agir, é a prudência’. Também em TOMÁS DE AQUINO. *Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Livro VI, Lição 2, p. 233-234.” (*Ibidem*, nota 1, p. 125).”

⁴⁶⁹ “...havendo uma conformidade da razão com o apetite reto, deve haver algo, por outro lado, que defina como reto tal apetite. Desse modo, o apetite é dito reto quando conforme à razão. Contudo, para afastar essa circularidade (razão – apetite reto – razão), cumpre esclarecer que, enquanto a primeira razão da qual se fala (a que deve estar em conformidade com o apetite reto) é a razão que descobre os meios apropriados aos fins desejados, a segunda razão (a que define como reto o apetite) é a razão que conhece os fins autênticos e verdadeiros da ação humana. Esses fins últimos da ordem prática, portanto, devem refletir uma realidade, que está em uma natureza humana na qual está a ideia da causa final do homem. Nessa equação, enfim, entre razão – apetite reto – razão – realidade

Quando disso se desvia – por alguma debilidade no inteligir ou no querer, frequentemente catalisada pelas paixões desordenadas (é dizer, pela ausência de virtudes intelectuais e morais que possam ordenar as paixões, e aqui já se vê o quão fundamental é, nas discussões – jurídicas inclusive – saber o que as coisas são⁴⁷⁰) – o ser humano nomeará as coisas com desprezo de suas respectivas essências (algo bastante comum em modernas filosofias ditas “analíticas” ou da linguagem e em muitas éticas normativas e teorias de justiça), produzindo, assim, tipos variados de discursos ideológicos voltados ao útil ou ao agradável, e não ao bom e ao justo (ou por vezes identificando o bom e o justo ao prazeroso e agradável), dizendo das coisas o que não é próprio de sua realidade e prescrevendo de forma destoante de seu fim/bem e do bem comum, resultando na utilização da racionalidade para prover o que é próprio às potências inferiores, invertendo-se a subordinação e hierarquia entre as potências da alma (com especial ênfase às potências sensitivas sobre as intelectivas), o que não se dá sem grande impacto sobre o aperfeiçoamento individual e sobre o bem comum.

De conseguinte, é central a importância - para a atividade de regulação normativa e decisória - da observância dessa relação de subordinação do direito à metafísica e à moral/ética.

Sustenta-se, pois, uma concepção a que repugna o relativismo e o subjetivismo. Com efeito, conforme expôs NALINI - com algum apoio primeiro em VALADIER e, após, em S. JOÃO PAULO II -,

“O relativismo valida tudo o que se afirma. A nova ordem moral libertária impõe o *politicamente correto* e é preciso ter coragem para discordar desse comando. Se a regra é banir toda moral coercitiva e se emancipar da ortodoxia transcendente, os

(natureza) está concatenada a definição parcial da verdade prática com a definição geral da verdade (adequação do intelecto à coisa). A razão de tal concatenação entre as duas definições de verdade se dá em razão de que, ao se tomar apenas a primeira definição (parcial), estar-se-ia colocando como critério último da verdade algo subjetivo: o apetite reto. Portanto, ao relacionar-se o apetite reto com a razão que conhece uma realidade exterior ao homem, a verdade como correspondência resta preservada, uma vez que o critério último da verdade passa a ser, então, algo objetivo, real e independente da vontade humana. Essa postura, ao colocar a realidade como critério último da verdade, é, portanto, uma postura *realista*. O apetite reto, então, apenas mediatiza o acordo com a realidade. ‘Tanto estas [estimações morais singulares] como as estimações morais gerais e todos os outros juízos que caem sob as categorias do verdadeiro e do falso, somente são verdadeiros se concordam com a realidade, neste caso, com a realidade axiológica’. Nessa realidade axiológica, que é dada pela natureza do homem, é que está a objetividade, autenticidade e verdade dos seus bens morais”. (V. BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. Verdade prática..., p. 127).

⁴⁷⁰ Daí se concluir que de fato a crise do direito – tal como sucede em geral com a crise do mundo moderno – é muito tributária de uma crise de onticidade. Neste sentido: DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e crise pós-moderna *cit.*, p. 130. Ainda, DIP: “*Eliseo VIVAS, analizando el pensamiento de Herbert MARCUSE —cuyo papel revolucionario no se puede ignorar en el estadio contemporáneo del deconstruccionismo—, dijo que «estamos cercados por hombres prontos a destruir la sociedad y deseosos de sustituirla por sus fantasías»: el movimiento del neonihilismo, alimentado por la ideología marcusiana, propugna un rechazo total de la rerum natura, al punto de entenderse la identidad de cada persona como mero «efecto de prácticas discursivas», un constructo social...*” (DIP, Ricardo. La naturaleza humana y su relevancia práctica. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 39/48, p. 47).

sistemas hodiernos se apoiam ‘em outra forma de transcendência, que é o próprio social impondo ao indivíduo maneiras de pensar e de fazer tidas como incontestáveis, inelutáveis, incontornáveis, se alguém quer ser moderno e adaptado’. Não raro subordinam-se profissionais do direito a esse imperativo, pois a ciência jurídica é considerada maquinaria neutral posta à disposição do solucionador de litígios de quem se reclama eficiência. Mas é preciso bradar que o direito só corresponderá à sua essência se traduzir a verdade do homem: ‘A liberdade nega-se a si mesma, destrói-se e prepara-se para a eliminação do outro quando não se reconhece nem se respeita mais seu nexa constitutivo com a verdade’⁴⁷¹.

Tal como afirma S. JOÃO PAULO II, “... a liberdade só é plenamente valorizada pela aceitação da verdade: num mundo sem verdade, a liberdade perde a sua consistência, e o homem acaba exposto à violência das paixões e a condicionalismos visíveis ou ocultos”⁴⁷². Só uma falsa liberdade, com efeito, pode prescindir da verdade, e apenas uma vida vivida de modo coerente com a verdade, em que se dispõe a conhecê-la e amá-la, pode de fato libertar.

Embora haja relação de conformação entre os âmbitos do direito e da economia e o âmbito da moral, isso não significa confusão entre esses respectivos âmbitos.

No que toca ao direito, a pauta do bem comum – nas específicas circunstâncias históricas - distingue quais os preceitos da lei natural são exclusivamente éticos e quais são jurídicos e, assim, com a nota de juridicidade balizada pelo bem comum, são juridicamente exigíveis.⁴⁷³

No que tange às relações entre moral e economia, leciona CASTELLANO:

“Afirmar que se se da un estrecho vínculo entre economía e moral no significa afirmar que la economía sea moral en sí y por sí. Entre la economía y la moral hay una íntima ligazón porque la economía es una actividad humana y el hombre no puede sino obrar con criterios morales. Incluso cuando estos no se respetan, el obrar humano asume necesariamente relevancia moral, es decir, es obrar que no puede

⁴⁷¹ NALINI, José Renato. Fomentar novas vocações. Prefácio. In DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁴⁷² S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

⁴⁷³ ORREGO SÁNCHEZ bem extrai a lição tomista explicitada por VALLET DE GOYTISOLO: “*Las exigencias concretas de la justicia suponen circunstancias históricas que configuran el bien común. El bien común sirve como pauta para determinar qué preceptos de la ley natural son exclusivamente éticos, y cuáles son jurídicos: ‘Notemos que así como la virtud de la justicia, en cuanto virtud general (...) está siempre ordenada al bien común, este mismo bien común excluye en algunos casos su exigencia jurídica humana’.* En consecuencia, en tres sucesivas exclusiones nuestro autor restringe los preceptos de ley natural que son jurídicos, en el sentido de exigibles mediante el sistema de derecho positivo. Primero, hay ‘unos preceptos de la ley natural que no son jurídicos porque no se refieren a la justicia’; luego, ‘otros que tampoco lo son, pues aun refiriéndose a la justicia, no afectan inmediatamente al bien común humano’; y finalmente ‘otros que, aun refiriéndose al bien común humano, este mismo bien requiere que no se impongan jurídicamente para no impedir otros mayores bienes o no producir un mayor mal’ (conforme a la doctrina tomista sobre la tolerancia). ‘El bien común es la pauta para que el derecho natural humano urja al derecho civil, o positivo humano en sentido lato, a fin de que exija o no jurídicamente, conforme este bien común pide, el cumplimiento de lo que moralmente es de justicia’”. (ORREGO SÁNCHEZ, C. *El pensamiento de Juan Vallet de Goytisolo y la última teoría jurídica analítica angloamericana*. Revista de Derecho N° 10 – 2003. U. Católica del Norte- Campus Guayacán, p. 138)

*sustraerse a la moral. Sostener lo contrario, esto es, que la economía es neutral porque es ciencia, significaría ‘deshumanizar’ la economía. Decir, por otra parte, que la economía es moral en sí y por sí significaría, en cambio, transformar la moral en técnica de producción y, por ello, ‘sacrificar’ el hombre al proceso productivo determinista”.*⁴⁷⁴

Salientando ao mesmo tempo os diferentes campos da economia e da moral e seu estreito vínculo, destacou PIO XI:

“... ainda que a economia e a moral «se regulam, cada uma no seu âmbito, por princípios próprios», é erro julgar a ordem econômica e a moral tão encontradas e alheias entre si, que de modo nenhum aquela dependa desta. Com efeito, as chamadas leis econômicas, deduzidas da própria natureza das coisas e da índole do corpo e da alma, determinam os fins que a atividade humana se não pode propor, e os que pode procurar com todos os meios no campo econômico; e a razão mostra claramente, da mesma natureza das coisas e da natureza individual e social do homem, o fim imposto pelo Criador a toda a ordem econômica. Por sua parte a lei moral manda-nos prosseguir tanto o fim supremo e último em todo o exercício da nossa atividade, como, nos diferentes domínios por onde ela se reparte, os fins particulares impostos pela natureza, ou melhor, por Deus autor da mesma; subordinando sempre estes fins àquele, como pede a boa ordem. Se seguirmos fielmente esta regra, sucederá, que os fins particulares da economia, sejam eles individuais ou sociais, se inserirão facilmente na ordem geral dos fins, e nós subindo por eles, como por uma escada, chegaremos ao fim último de todos os seres, que é Deus, bem supremo e inexaurível para si e para nós.”⁴⁷⁵

É preciso, conforme já pudemos destacar no Capítulo I.2 desta tese, e tal como afirmam CASTELLANO e SEGOVIA, diferenciar a defesa da pessoa humana (como sujeito da vida social e política) de personalismos ideológicos. Não se ignora, a propósito, a existente discussão sobre a concepção de uma economia verdadeiramente cristã, ordenada ao bem comum, em contraposição a concepção de uma economia liberal meramente influída de uma ética do personalismo cristão.⁴⁷⁶ Mas explorar o ponto certamente nos conduziria para além dos limites a que nos propusemos para esta investigação.

⁴⁷⁴ V. CASTELLANO, D., *op. cit.*, p. 20, nota 11.

⁴⁷⁵ Carta encíclica *Quadragesimo Anno*. (1931) Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

⁴⁷⁶ Para essa discussão, veja-se: SEGOVIA, Juan Fernando. *¿Una nueva doctrina social de la Iglesia para un nuevo orden mundial? Un examen de ‘Caritas in veritate’ de S. S. Benedicto XVI. Verbo*, núm. 499-500 (2011), 763-810. Cito: “Varios autores sugieren que el personalismo ha sido siempre un principio fundamental de la doctrina social de la Iglesia. Sin embargo, hay una diferencia palpable entre la defensa de la persona humana – que ha sido propósito primordial de la doctrina– y el personalismo, entre la postulación de la persona como sujeto de la vida social y política y la ideología personalista. Porque en el primer caso no había merma del bien común, al contrario, la persona era rectamente comprendida en cuanto “parte” de la sociedad y su bien personal en cuanto ordenado al bien del conjunto. Mas, en el personalismo reciente, no solamente parece haberse perdido la ontología de lo social –devenido en relación de personas, en lo que los sociólogos llaman lo “interpersonal”– sino que, tal vez a consecuencia de ello, se ha degradado el concepto de bien común como norma suprema de la vida social y política. Debo decir, también, que el concepto de persona en la doctrina tradicional lo era sin mengua de su dignidad y de su libertad (como estatuto onto-teológico de la persona humana), pero siempre entendiendo que el libre albedrío estaba entrelazado con las exigencias del bien, de modo que no se concebía una pura libertad primaria o natural sin la dirección moral. De ahí que la libertad se entendiese como libertad de elección del bien, especialmente del sumo bien que es Dios.” (p. 770).

A propósito de uma equivocada concepção sobre a relação entre ciências “morais” e “sociais” desde um enfoque empirista ou “positivista-humano” (que supõe a separação entre ciências positivas/descritivas e prescritivas/normativas e, pois, a negação de um fundamento objetivo para a valoração de toda atividade prática, direito e economia inclusos), cite-se a arguta observação de AYUSO:

“...lo que resulta dudoso es que cuando el sociólogo o el economista examinan los hechos (humanos) sociales (no, claro está, para prescribir, sino para describir y explicar) deban excluir del campo de su consideración ‘lo que debe ser’ so pretexto de limitar su observación a lo que es: porque ‘lo que debe ser’ no es una categoría subjetiva proyectada arbitrariamente por quien se adhiere a una moral. La moral existe y brota de las finalidades objetivas inscritas en la naturaleza (total) del hombre, física y moral (...; la economía se ordena, en realidad, a las condiciones materiales de la vida humana completa).”⁴⁷⁷.

JAVIER DE MIGUEL também evidenciará o equívoco de uma difundida pretendida desvinculação entre economia e moral e entre economia positiva e economia normativa, e a que serve a pretensão liberal de ilimitada autonomia da economia:

“Bajo el paradigma liberal, la ‘economía positiva’, que es la que abarcan los estudiosos de la materia en clave liberal, se desvincula de la ‘economía normativa’, es decir, aquella que elabora sus planteamientos en una clave diferente a lo puramente fáctico, es decir, aporta al estudio económico su componente, especulativo y filosófico-moral. Se produce, pues, un divorcio entre ‘lo que es’ (economía positiva) y lo que ‘debería ser’ (economía normativa), separación que no admite componenda entre los adalides del liberalismo, por haberse disociado primeramente la «ciencia social» de la «ciencia moral». Lo disparatado de esta separación se puede argumentar de la manera más simple: ¿bajo qué supuesto se puede desvincular un campo del saber –me resisto a emplear el término ‘ciencia’– como la economía, cuyo sustrato es la conducta humana, del análisis moral, que precisamente enjuicia los actos humanos? Solamente bajo el presupuesto de la a-moralidad sustancial del ser humano, pues sería absurdo reconocer el carácter moral del hombre y al tiempo negarse a integrarlo en el estudio de las llamadas ‘ciencias sociales’. Por este motivo, las leyes económicas se tornan autónomas y pueden llegar a justificar cualquier tipo de comportamiento, siempre y cuando éste responda a los postulados de dichas leyes.”⁴⁷⁸

Em linha de conclusão, com VALLET DE GOYTSOLO⁴⁷⁹ é preciso reafirmar a relação entre as ordens da moral, da política, do direito e da economia, todas inclusas na ordem

⁴⁷⁷ V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad...*, op. cit., p. 48.

⁴⁷⁸ MIGUEL, Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana*. Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464, pp. 463/464, pp. 451/452.

⁴⁷⁹ “...el orden dimanante de la naturaleza de las cosas, insito en su creación divina, incluye todos los órdenes que en nuestra finitud humana no alcanzamos a ver en su unidad y en su pluralidad inseparables. Es decir, no existe un orden económico separado e independiente del orden político, ni un orden político separado e independizado del orden social, ni ninguno de esos tres órdenes se puede aislar del orden ecológico, ni éste del orden humano, que se inserta en él. Ocurre además que se halla dentro de un orden teológico que le impone un orden moral individual y social. Todos esos órdenes son dinámicos y en esa dinámica incide la libertad humana. El hombre es el único animal dotado de libertad y de razón para actuar en el mundo que le rodea. Pero precisamente por su mal uso de esta libertad, puede crear desorden en todos los órdenes particulares de la vida si no se guía por la razón, sino por sus pasiones o si aquélla yerra. En ese caso, esos desórdenes son reconducidos al orden general de las cosas, produciendo una ‘hydris’, en una ‘vindicta naturae’, y las consiguientes reacciones

da natureza de todas as coisas, ordem esta que o ser humano - racional e livre - integra e com relação a qual pode agir ou não em conformidade, bem ou mal usando de sua liberdade para a consecução do seu bem e perfeição e do bem comum, o que se reflete no âmbito de toda atividade prática, também na regulativa normativa e decisória em matéria econômico-empresarial.

II.2 - O DIREITO COMO REGULADOR DE UMA ECONOMIA MORAL E POLITICAMENTE CONFORMADA. A ORDEM JURÍDICA DA ECONOMIA E DO MERCADO.

Impondo-se filosoficamente a necessária admissão do fundamento objetivo para o conhecimento prático e destacado o dever de observância da lei natural enquanto fundamento próximo de toda normatividade, faz-se agora mister observar que, sendo a economia uma atividade na qual se dão atos propriamente humanos - é dizer, com o concurso das potências intelectiva e volitiva - a ordenação econômica, desde a tradição da filosofia aristotélico-tomista, não se pode apartar do âmbito da moral, a qual lhe impõe exigências que se relacionam ao aperfeiçoamento do ser humano em vista de sua felicidade (seu fim), mantendo – e isto já se apontou quando da introdução - tanto com a justiça, principal entre as virtudes morais cardeais, quanto com a política, que visa ao bem comum (que é também a pauta da justiça geral), estreita relação.

Essa a razão pela qual perseguir verdadeira e geral segurança (cujo anseio reflete a tendência da busca do “descanso no bem”, que tem razão de fim), e verdadeira segurança jurídica em particular, exige a harmonização de toda normatividade e de toda atividade regulatória normativa e decisória tanto à essência racional do ser humano (e ao seu fim) quanto ao bem comum exigido pela justiça geral e pela sã ordenação política.

y contrarreacciones. (...) El hombre no puede desconocer ese orden, dentro de cuyos márgenes discurre su libertad, y menos aún puede impunemente.” (V. VALLET DE GOYTSOLO, Juan Bms.. El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit., pp. 573).

Por isso apontou-se alhures que, se toda ordem está em função de seu bem/fim, também a econômica condiciona-se ao bem/fim da comunidade política e à consecução da felicidade humana, a qual, por sua vez, pode ser divisada pela especulação do que seja a natureza do ente que, tendo corpo material, possui também alma racional, uma natureza que reclama, para seu integral desenvolvimento, bens necessários de ordens diversas (material e intelectual/espiritual) cuja eleição e posse devem hierarquizar-se e subordinar-se em função do fim desta mesma natureza, a qual inclui sua politicidade com a supremacia do bem comum temporal.⁴⁸⁰

Nesta senda, a meditação filosófica sobre a ética, a economia e a política correspondem a partes da filosofia moral.⁴⁸¹ Com efeito, S. TOMÁS⁴⁸², em seu comentário à “Ética a Nicômaco” de ARISTÓTELES, menciona: a monástica⁴⁸³ (relativa à moral individual, “considera as operações do ser humano ordenadas a seu fim”), a econômica⁴⁸⁴ (“considera as operações da multidão doméstica” [não apenas o âmbito familiar, mas a “casa” amplamente considerada, é dizer, a comunidade em sentido amplo]), e a política⁴⁸⁵ (“considera as operações da multidão civil”).

⁴⁸⁰ “Naturaleza es también moralidad. Cuando se afirma que la naturaleza es fin y regla de lo humano damos entrada a la vida moral como dimensión específica del obrar humano, pues la virtud o el bien consisten en esa armonía del obrar con el orden de la razón y el vicio o el mal en lo contrario. No se trata, por tanto, de una concepción estática de la naturaleza humana, aunque no es solamente dinámica ni poética. Naturaleza en el hombre es, además, politicidad. La entrada a la moralidad nos lleva a la política, pues el hombre es sociable por naturaleza y la politicidad es un grado de su sociabilidad. Luego, así como para el individuo los hábitos conforman una «segunda naturaleza», en la vida en sociedad las costumbres y tradiciones definen normas de vida y convivencia. La pérdida del orden político-moral resultará funestísima para el individuo y la sociedad, puesto que ninguno puede vivir en el desorden, es decir, alejado de la norma de la razón.” (SEGOVIA, Juan Fernando. *La progresiva destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana cit.*, pp. 53/54).

⁴⁸¹ “De lo que se trata, por tanto, es de que el estudio verdaderamente científico de la vida social en su última concreción deba presuponer las nociones y las verdades generales de lo que llamamos la filosofía moral: la ética, la economía (en sentido clásico) y la política, que son formalmente prácticas. De modo que las ciencias sociales propiamente dichas constituyen una continuación de la última hacia una concreción siempre mayor. Si las llamamos experimentales no es por oposición a las ciencias morales, que también dependen de la experiencia, sino porque surgen de una experiencia mucho más circunstanciada. De todos modos, el estudio de la vida social, sea general o experimental en el sentido que acabamos de indicar, tiene su principio en el bien común.” (V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad cit.*, p. 48).

⁴⁸² V. AQUINO, S. Tomás. Comentário à ética e à Política de Aristóteles. Volumes I e II. 1ª ed. – março de 2020. Tradução: Antonio Donato P. Rosa. Associação Centro Hugo de São Vitor.

⁴⁸³ V. LAMAS, F. A.. *La ética o ciencia del orden moral: una introducción a la lectura de la ética nicomaquea*. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”. Buneos Aires: 1999.

⁴⁸⁴ V. AYUSO, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021.

⁴⁸⁵ V. AYUSO, Miguel. *Estado, Estado de derecho y bien común*. Verbo, núm. 483-484 (2010), 205-216. Ainda: MARTÍNEZ BARRERA, Jorge. A política em Aristóteles e Santo Tomás. Tradução e prefácio: Carlos Nougué. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2018. Também: GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. Iniciação à teoria do Estado. 2 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1976. Por fim: PEDROSO, R. R. A Divisão dos Regimes Políticos em Aristóteles. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-11042016-123603/publico/2015_RodrigoRodriguesPedroso_VOrig.pdf.

CASTELLANO rememora que as observações e reflexões de ARISTÓTELES sobre a economia podem ser encontradas, sobretudo, além de na já citada “Ética a Nicômaco”, na “Política” e no “Tratado sobre a Economia”.⁴⁸⁶ Nessa trilha apontada pelo autor italiano, tem-se que a economia exige uma ordem que não pode se autojustificar, supondo um fundamento que não se confunde com a mera crematística⁴⁸⁷ para uma produção e acúmulo de riquezas (mormente se apenas setorizada) ou com “financismo”, nem pode apartar-se do bem comum e do bem do ser humano sem a consideração proporcional ao atendimento ordenado de suas necessidades naturais (que não se reduzem aos aspectos animais, senão que devem ordenar-se à sua natureza racional⁴⁸⁸).

Do contrário, transforma-se o instrumento em fim e acaba-se por não se reconhecer o ser humano por sua nota distintiva dos demais entes, a racionalidade, disso derivando sua instrumentalização para a produção ou sua redução a um mero ente que consome (em especial, um consumidor para necessidades induzidas artificialmente), erigindo-se a economia, conforme recorda o próprio CASTELLANO, a um posto que não lhe cabe, o de “*condición y regla del obrar humano*”, de modo que o “*ser humano, en efecto, sería producto e instrumento y no señor (dominus) de la economía*”. Uma concepção, nas palavras de NALINI⁴⁸⁹, de uma “economia que dita todas as regras, impõe o ritmo e as escolhas para a humanidade”.

ALVEAR TÉLLEZ bem faz a distinção entre mercado como realidade e como ideologia, destacando o mercado como realidade - que exige balizamento jurídico e deve estar a serviço de uma economia eficiente e justa, não o inverso - em contraposição ao mercado como ideologia – de uma “economia dominante”⁴⁹⁰ parametrizada por um racionalismo quantitativo,

⁴⁸⁶ V. CASTELLANO, D.. *Orden Natural y Economía*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, p. 23.

⁴⁸⁷ ARISTÓTELES, *Política*, I, 1258 a.

⁴⁸⁸ “...la economía se inscribe en el orden natural primeramente porque debe respetar el orden dela política; a continuación, porque debe respetar el orden entre las ciencias auxiliares de la política, que es ciencia y arte arquitectónica, y además, se inscribe en el orden natural al estar llamada a contribuir a la consecución del bien común que es el vivir bien, esto es, la vida humana virtuosa, no el bienestar animal. Desde este ángulo se convierten en preciosas las observaciones aristotélicas...” (V. CASTELLANO, D.. *Orden Natural y Economía*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, p. 23).

⁴⁸⁹ “Nossa era é chamada por muitos de *era de mercado*. É a economia que dita todas as regras, impõe o ritmo e as escolhas para a humanidade. Tudo se faz em torno do dinheiro. (...) O poder econômico chega a disputar primazia com o poder político. Grandes corporações apátridas – a sua pátria é o lucro – impõe sua vontade a governos fortes. O que não se dirá dos governos fracos! Os destinos de vastas legiões são decididos por burocratas baseados em cifras.” (NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. – 13ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191).

⁴⁹⁰ “A la economía «subordinada» se opone la economía «independiente». Es lo propio de la economía moderna, «liberada» progresivamente de las normas civilizatorias morales, sociales y religiosas. Dado que en este nuevo sistema domina la lógica materialista y técnico-cuantitativa, Piettre le llama, como lo adelantamos, «economía dominante».” (ALVEAR TÉLLEZ, Julio. *El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico*.

do *homo economicus* – uma ideologia de mercado por vezes, ainda que não somente, expressada pelo neoliberalismo (o qual atribui um papel totalizador ao mecanismo de mercado no seio da sociedade)⁴⁹¹, espelhando sempre uma lógica utilitária que emancipa a economia de uma conformação moral, social, religiosa e, acresçamos, metafísica, afastando o homem dos bens superiores, não econômicos:

“Hay un modo de considerar el mercado como ideología y otro como realidad. El mercado como realidad es un fenómeno que exige un marco jurídico coherente que le permita desenvolverse con suficiencia: habrá mercado siempre que nos encontremos con el libre intercambio a través del mecanismo privado de los precios. Desde el punto de vista técnico, esto supone varias garantías de carácter constitucional o legal: libertad económica, propiedad privada, defensa de la libre competencia, defensa de los derechos del consumidor, aseguramiento de un campo razonable de acción para el mercado en la sociedad, y freno al ejercicio abusivo de las técnicas de intervención pública en la economía. (...) Pero la valoración del mercado puede extenderse más allá de lo propiamente económico y connotar una cosmovisión de cómo debe ser la sociedad. De este modo, el mercado desorbita sus propias funciones y pasa a ser un meta-criterio definitorio de toda asignación o distribución de bienes humanos y canon primordial de relacionamiento social. Es lo que podemos denominar convencionalmente como ideología del mercado. (...) Hay que retener su tesis de que la modernidad, como visión de mundo, requería necesariamente de una «ideología económica» en su tarea de redefinir el universo según los parámetros fáusticos del racionalismo cuantitativo. En ello hay un continuo sorprendente, pero indudable, que va de Locke a Marx. En este contexto, Rosenvallon escruta el origen de la filosofía que se tejió en torno al mercado dentro de esa misma modernidad ideológica, y la traduce en una primacial emancipación de la economía respecto de la moral cristiana, para luego identificarla con una concepción política y social destinada a estructurar la nueva sociedad como espacio de «auto-regulación» bajo el imperio del mercado. La representación de la sociedad como mercado, definida a sí misma a partir de la acumulación de riquezas materiales, encarna en el tiempo la filosofía abstracta pero totalitaria del valor cuantificable. Sobre este punto específico, Röpke, uno de los padres de la economía social de mercado, denuncia la expulsión del hombre del horizonte de las ciencias económicas por exigencia metodológica. Destaca el falso arte de los «economistas matematizantes», que impulsados por la manía econométrica convierten los medios en fines, confundiendo el crecimiento económico de las cifras con el bienestar general de un país. La ideología de mercado ha convertido la economía en una «física económica» obsesionada por la cantidad, incapaz de mirar la existencia humana en sí mismo considerada. La pasión por los números y fórmulas expresa más que un

Verbo, núm. 553-554 (2017), 283-30, p. 286). Confirma-se: PIETTRE, André. *Las tres edades de la economía*, Madrid: Rialp, 1962.

⁴⁹¹ “El mercado es concebido con todas las perfecciones o atributos que la teoría económica asigna al estado impoluto de competencia perfecta: racionalidad de los agentes económicos, atomicidad y transparencia del mercado, homogeneidad de los productos en competencia, libre entrada y salida, y movilidad de los factores de producción. Todas las ventajas de este modelo ideal son trasladadas al mundo real del funcionamiento de los mercados concretos. De tal manera que si a éstos se les deja en manos de su propia lógica, simplemente económica, es dable esperar el máximo beneficio para todos: productores, distribuidores, proveedores y consumidores. Beneficio «máximo» en cuanto al precio, cantidad, calidad, información y satisfacción, porque apodícticamente éste es el fruto de la libre competencia armónica de los involucrados en el intercambio. Si el mercado no funciona de acuerdo con este «deber ser», el fallo no es atribuible a su estructura, pre-definida como el aparejo más eficiente del ser humano para la asignación de los recursos. El discurso ideológico del mercado sitúa las deficiencias en las débiles condiciones de la pobre realidad, negligente en su tarea de adecuarse a la racionalidad intrínseca y benéfica de aquel.” (ALVEAR TÉLLEZ, Julio. *El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico*. Verbo, núm. 553-554 (2017), 283-30, p. 292).

*método: es un ideal, con el que se permite aplanar la realidad y por ello mismo falsearla.*⁴⁹²

Adverte ALVEAR TÉLLEZ⁴⁹³ sobre a incompletude da premissa do padrão puramente econômico mecanicista do mercado para a eficiente alocação de recursos, que não pode na prática garanti-la nem se observa nos mercados concretos⁴⁹⁴, sempre sujeito aos abusos do poder econômico e à supressão da livre concorrência, a exigir a regulação jurídica pelo direito no que concerne à celebração de atos jurídicos e contratos, garantias aos direitos dos agentes econômicos, proteção e defesa da concorrência e do consumidor, correção das falhas de mercado etc., com especial atenção a áreas vulneráveis e a bens essenciais ao ser humano, como a saúde, recuperando-se uma ideia que, óbvia na perspectiva do *iusnaturalismo* clássico, é por vezes esquecida: a de que o mercado é um meio, não um fim, de modo que a pergunta fundamental não se esgota na eficiência do mercado, senão em que medida a sociedade se servirá do mercado orientando-se por um princípio de justiça e segundo seus fins maiores, em prol do bem comum e do bem real humano, promovendo-se uma economia eficiente e justa.⁴⁹⁵ E conclui advertindo sobre o dever de rechaço da ideologia do mercado:

“Por todo lo anterior, hay que precaverse contra la lectura ideológica del mercado, que, convertida en mentalidad, nos vela lo esencial: el mercado que ‘es’ no funciona como el mercado que ‘debiera ser’ y sus disfuncionalidades tienden a exasperar sus propias causas. El gran error de la mentalidad ideológica –que tanto influye en los agentes económicos– consiste en concebir al mercado como un sistema y en fundarlo en algunos supuestos antropológicos que contrastan permanentemente con la

⁴⁹² *Ibidem*, pp. 288 e ss.

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 293/295.

⁴⁹⁴ “En teoría económica, se discute ampliamente el rol de las políticas de libre mercado en la asignación de los recursos. Los atributos de eficiencia que le atribuye la escuela austríaca (Carl Menger, Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek) y la escuela neoclásica (Alfred Marshall, Vilfredo Pareto, James Buchanan, Gary Becker) son verdad comprobada en algunos de sus supuestos, pero no en todos. En la medida en que las políticas de libre mercado se fundan en el racionalismo económico y en una filosofía individualista que, por exceso de abstracción, reduce la persona humana al homo oeconomicus, pueden acarrear consecuencias deletéreas para la sociedad en general y para la propia economía, en la medida en que terminan perdiendo sus fines.” (*Ibidem*, p. 300).

⁴⁹⁵ “...la gestión de los recursos escasos ha de ser ‘eficiente’ pero también ‘justa’. A la racionalidad de los ‘medios’ (v. gr., lógica del costo / beneficio) hay que sumar la racionalidad de los ‘fines’ (lo necesario para la «vida buena»). El problema es que nociones como «justicia» y «vida buena» han desaparecido de la economía contemporánea, porque no admiten suma ni maximización, sino congruencia o armonización. La influencia del utilitarismo, con su separación entre ciencia económica y moral, sigue proyectándose en el presente. De ahí la fractura entre los móviles económicos y los fines sociales. La cuestión de la justicia o de la vida buena ha sido reclusa en las ciencias económicas a la asignatura, más o menos autista, de la «ética» de los negocios. En sede jurídica, sin embargo, estas cuestiones cardinales tienen peso mayor, dado que materialmente son recogidas, según los casos, en el derecho público económico (v. gr., límites y prohibiciones a la libertad económica; función social de la propiedad), en el derecho del consumidor, en la legislación de la competencia leal y de la de libre competencia, etc. Se puede y se debe hablar, entonces, desde el punto de vista jurídico, de economía eficiente y justa. Son muchas las ventajas del mercado como mecanismo de asignación de recursos. Produce riqueza, con lo que mejora el alcance del bienestar. Permite a cada persona especializarse en las actividades que mejor realiza. Posibilita el disfrute de una mayor variedad de bienes y servicios. Pero por muchas que sean las ventajas que se atribuyen al mercado, no hay que olvidar su calidad de medio, no de fin. Es el mercado el que está al servicio de la economía y no a la inversa. La economía debe ser eficiente y justa y el mercado, con todo su potencial indiscutido, debe coordinarse en pro de esos objetivos.” (*Ibidem*, p. 296).

realidad. De ahí la fuerte tensión entre el ideal soñado de un mercado auto-regulado en su competitividad y la dura realidad de la competencia insuficiente en mercados capturados por intereses oligárquicos.”

(...)

“Economía de mercado no equivale a sociedad de mercado. Esta última se caracteriza porque el mercado adopta en el seno de la sociedad una función ya no principal sino total en la asignación de bienes y servicios. Todo se vende, todo se transa. Tras la sociedad de mercado late la nueva ideología economicista que pretende colonizar todos los espacios de la vida humana (la real y la virtual) para volverlas objeto de transacción monetaria. Es una inversión monstruosa de las relaciones entre mercado, economía y sociedad. Es un resurgir de lo que Piètre llama la edad de la «economía dominante». La sociedad de mercado debe rechazarse por principio, dada la necesidad de un sin número de virtudes que no tienen que ver con la utilidad, pero que son esenciales para el desarrollo humano.”⁴⁹⁶

Já se destacou que o ser humano – dado seu caráter relacional (ser social, animal político) – necessita de regras para suas relações, em prol do convívio político e cívico dirigidos ao bem comum, e de modos que permitam a solução dos conflitos emergentes. A vida em sociedade implica, portanto, leis e regras justas que se façam cumprir.⁴⁹⁷ Implica regulação do poder (das escolhas políticas e do poder econômico em suas variadas manifestações)⁴⁹⁸, não somente por meio da lei, mas pelo direito, do qual aquela é razão/medida.⁴⁹⁹

Recorda CAMILO JUNIOR que

*“A palavra latina *regula* tem sentido originário de régua e, posteriormente, de regra. O verbo *regulare* surge no baixo-latim. A mesma origem é compartilhada pelas palavras *reglamentação* e *regularização*. O vocábulo ‘regulação’ caracteriza-se por sua polissemia e ambiguidade desde seus primórdios. Possui um sentido duplice: pode referir-se a uma característica de uma máquina ou um sistema – denotando a ideia de estabilidade, de funcionar ‘em linha reta’ - ou a própria ação externa para induzir ou preservar tal estabilidade. (...) pode significar o que move ou o que é movido, um elemento exógeno ou endógeno a um sistema, a causa ou o efeito, o instrumento ou o seu produto. Em um primeiro sentido – estrito -, fala-se em regulação como sendo o uso de um instrumento – o regulador – que intervém e estabiliza algo (...). Em um segundo sentido – amplo -, regulação é sinônimo de equilíbrio e constância de um sistema. Aqui o foco não é em um elemento externo, mas em uma qualidade: a*

⁴⁹⁶ *Ibidem*, pp. 295 e 299.

⁴⁹⁷ “*El cumplimiento del derecho, que es necesario a toda sociedad – ‘ubi societas ibi ius’ –, requiere que hayan leyes y que se hagan cumplir. El problema es mantener un equilibrio entre la ‘auctoritas’ del derecho, como lo que es justo, y la ‘potestas’ que impone leyes dotadas de coactividad.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit., p. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, ISSN 0210-4121, N° 76, 1999, págs. 543-578, p. 552).

⁴⁹⁸ Requer “...una moderación jurídica del poder político para impedir que se produzca la conjunción totalitarismo-masificación-tecnocracia, que son fenómenos correlativos, íntimamente interrelacionados; pues cualquiera de ellos repercute en el acrecentamiento de los otros dos. (...) El problema se plantea en toda sociedad en avanzado proceso de masificación, en la que el pauperismo de las masas, su desarraigo requieren tutela y exigen dirección. El ‘quid’ -del cual me he ocupado en más de una ocasión- consiste en proteger a esas masas sin incrementar su masificación, ni congelarla, sino en favorecer la desmasificación, promoviendo y estimulando el sentido de la responsabilidad, de la previsión, del ahorro, el acceso a la propiedad de la vivienda y la creación de empresas.” (*Ibidem*, pp. 559).

⁴⁹⁹ A distinção será abordada no subcapítulo referente à interpretação segundo a tradição *iusrealista* clássica.

concatenação de elementos e a capacidade de autoajustes de uma dada organização.”⁵⁰⁰

Segundo aponta o autor, apesar de a expressão “regulação” ser polissêmica e utilizada, mesmo no campo jurídico, em sentidos diversos, na interface entre economia e direito seu emprego mais comum remonta ao século XIX, principalmente aos Estados Unidos (em um contexto de pressão para que fossem coibidos abusos do poder econômico privado), lá se desenvolvendo gradativamente com especial ênfase na correção das falhas de mercado e na busca de eficiência alocativa⁵⁰¹. O uso da expressão ligava-se à atividade regulatória de uma autoridade pública, é dizer, ao Estado (ou aos agentes públicos) como regulador:

“De fato, apresentar o Estado como regulador é uma metáfora emprestada da regulação nos sistemas físicos. Em um sistema físico - como um motor a vapor ou um aquecedor central doméstico - o regulador é um balanceador, mantendo o sistema em algum equilíbrio predeterminado. Aplicado à regulação econômica, ela sugere que o Estado é um gestor do sistema de mercado, mas um gestor que intervém apenas para fazê-lo retornar ao ponto de equilíbrio.”⁵⁰²

À experiência norte-americana – destaca o autor - somou-se a europeia (a partir do final século XX), as quais, embora com características e objetivos parcialmente distintos e ligados à construção de condições competitivas equitativas no âmbito do mercado comum, “... convergem em parte para determinados movimentos contemporâneos”, quais sejam, a regulação pela concorrência, a introdução de formas de *soft regulation* (em que o comando e o controle cedem passo às recomendações, orientações e declarações) e de autorregulação, e os mecanismos de regulação transnacional (ponto que encontra resistência entre os norte-americanos) e de redes de governança regulatórias, “mudando-se o foco do Estado regulador para o espaço regulatório”.⁵⁰³

Malgrado os variados correntes usos que a expressão “regulação” assume em economia e direito (tanto em sua abordagem doutrinária quanto em sua mais restrita indicação positiva⁵⁰⁴), a presente tese - sem prejuízo de ulteriores estudos que toquem a contingência de uma miríade de situações (inclusive novas, conforme já se destacou com o tema da “inteligência artificial”) que estão a exigir enfoques regulatórios – pretende realçar a questão desde um ângulo mais amplo e, rejeitando tendências de corte nominalista, adotando por método o

⁵⁰⁰ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 4.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁰² *Ibidem*, pp. 5/6.

⁵⁰³ *Ibidem*, pp. 72/102.

⁵⁰⁴ No sentido mais estrito dado pela Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

realismo ontológico, parte da essência de cada coisa na ordem de todas as coisas para destacar, em seu curso, o fundamento próximo e o fim de toda e qualquer regulação, positivada ou não, assim também para a regulação econômico-empresarial, âmbito no qual a discussão ganha especial relevância quando considerado o papel que o fenômeno da empresa assume em nível nacional e global, é dizer, em posição cada vez mais fortalecida para influenciar acentuadamente não somente a organização social, política e jurídica das nações e comunidades de nações, mas também seus próprios parâmetros de moralidade, em movimento algo similar a uma “força expansiva da ideologia dos mercados, cujos valores e princípios passam a colonizar outras esferas da vida social”⁵⁰⁵ e que, não raramente, não deixa entrever tão imediatamente quais sejam suas causas eficientes e que tem redundado na secundarização das estruturas sociais.⁵⁰⁶

Ao cabo, o que aqui cabe destacar é que embora não se ignore elementos tanto da noção instrumental quanto da noção sistêmica de regulação, deve-se ultrapassar o esquema dual e estritamente econômico (regulação como fator exógeno/externo vs. regulação com a participação do agente regulado ou autorregulação, ou regulação como instrumento de intervenção do Estado vs. regulação mediante autoajuste, equilíbrio e constância do sistema social por quaisquer mecanismos sociais de regulação [não meramente jurídicos ou estatais] e na qual regulador e regulado muitas vezes se confundem⁵⁰⁷) para sempre e antes considerar toda regulação desde seu fundamento objetivo próximo e em função de seu fim, em necessária conexão com todo o âmbito prático do operar humano, com os fins do ente racional e com o bem comum: logo, presentificadas as relações entre moral, política, direito e economia.

Decisões sobre uma determinada regulamentação (e mesmo a decisão de não regular), admita-se ou não, traduzem escolhas políticas. Não são escolhas que devem, entretanto, mover-se por algum viés que (é este o caso, por exemplo, de IRTI⁵⁰⁸) - pretendendo-se realista ao pôr

⁵⁰⁵ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica *cit.*, p. 27.

⁵⁰⁶ “La desaparición de las empresa pequeñas y medias, únicas en las que se da el clima adecuado para la gestación y el cultivo de los valores humanos, está destruyendo el suelo social de la economía, cardinal escuela de virtudes de convivencia, humanidad y disciplina moral. Es muy difícil que el gigantismo actual pueda compensar una pérdida semejante. Al masificar al hombre, al desarraigarlo de sí mismo como persona, los ‘Big Business’ están contribuyendo a crear un nuevo tipo humano, cuyas características son, por ahora, difíciles de prever. Pero sí es, en cambio, conveniente advertir que lo que haya de acontecerle al hombre en el futuro, dentro y fuera de sí mismo, será, siguiendo una idea de Lenormand, no lo que merezca, sino lo que se le parezca. Y a un hombre indiferenciado, masificado, sólo puede parecersele una informe aglomeración sin singularidades, sin pálpitos individuales de mente o de alma.” (CARBALLO FERNÁNDEZ, José Maria. *Empresa y sociedad (Mito, “Praxis” y Poder)*. Verbo. Número 90: Serie IX, 1970, p. 981).

⁵⁰⁷ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica *cit.*, pp. 6 e ss..

⁵⁰⁸ Veja-se, a propósito: IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Tradução feita por Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Malheiros Editores. Nova

em relevo que são também escolhas políticas e, pois, atos dos quais, como em todo ato propriamente humano, participa a vontade - despreza as essências e o fundamento objetivo da racionalidade prática e de toda normatividade, a jurídica inclusa, assim também o bem comum, fim da ordem política, para apenas destacar as relações de pressão, força e vontade, operando um corte na própria estrutura do real (e da realidade humana) e revelando, ao cabo, apenas mais uma visão subjetivista e visceralmente voluntarista e niilista⁵⁰⁹, manifestativa de um “direito” que se transmuta em um “positivismo da vontade” (normativa ou decisória) e que, vindo do nada, ao nada pode voltar, uma posição que leva ao extremo a recusa em admitir a relação de entranhamento da ordem do *dever* na ordem do *ser*.⁵¹⁰

Escolhas regulatórias, ainda que se deem muitas vezes de modo reativo a partir da realidade e da práxis (respondendo a problemas concretos, urgentes ou crônicos), igualmente não devem ser meramente exercício de um certo pragmatismo-utilitarista, é dizer, não são

Série — Ano XLVI - n. 145 - janeiro-março de 2007. Cito: “O discurso, que mova o direito em direção à economia, ou que surja desta em direção àquele, sempre se entrelaça com a decisão política, com a tomada de posição sobre os interesses em jogo. A escolha dos interesses mercedores de proteção e dos interesses destinados ao sacrifício não se confia a critérios objetivos ou a leis naturalísticas, mas ao querer humano. Quando os ‘liberais da cátedra’ invocam as leis naturais da economia, ou a neutralidade do mercado, e pretendem que o direito a elas se ajuste, eles não sabem (ou sabem muito bem) estar exercitando a nua e pura política, amiga ou inimiga de outras visões da vida e da sociedade. Fora da política nenhum pode sair, nem mesmo quem professe a antipolítica do tecnicismo e das competências profissionais. A famosa frase de Walther Rathenau, ser hoje o destino não mais a política, mas a economia, Carl Schmitt se opôs com perspicaz sutileza: ‘seria mais correto dizer que, agora como antes, o destino continua a ser representado pela política, mas que, no entanto, somente aconteceu que a economia se tornou algo ‘político’ e, portanto, ela também se tornou destino’. Não é por isso que se deve entender que ao pan-economicismo (ao qual igualmente se reconduzem a ideologia de mercado e a filosofia de Marx) se contraponha uma espécie fria de pan-juridicismo: mas, mais do que tudo, a um e ao outro, a séria vontade da política, que, expressando-se em normas de direito, determina as históricas e mutáveis formas da economia. Se a estrutura da economia remete às escolhas normativas, e estas ao êxito da luta política, aqui esta última revela-se como o originário fundamento, a vontade decisiva e conformadora das duas esferas. Aqui, não se trata de ‘encontrar’ leis, que a natureza tenha dado aos homens de uma vez por todas, ou de retirá-las de outras fontes terrenas ou supraterras, mas somente de querê-las, ou seja, descer para a arena na luta política, a fim de defender, modificar ou abolir um determinado sistema jurídico-econômico (e econômico porque pressupõe um certo regime de direito). As decisões fundamentais, capazes de dar forma a uma ou outra economia (se os meios de produção devem estar na propriedade privada, se os acordos devem ser tutelados, se os lucros das empresas merecem proteção e assim por diante) são, justamente, atos do agir político, e não do puro conhecer, e então implicam amizade ou inimizade entre idéias e visões da sociedade. O pensamento único — a ideologia liberal, em que a esquerda e a direita parecem concordar — oculta a intrínseca politicidade de toda a estrutura econômica e vende como lei ‘natural’ — neutra, objetiva, imparcial — aquilo que propriamente é o resultado de uma decisão. Somente este desmascaramento pode restituir à política a paixão pelas idéias e a responsabilidade pelas escolhas.”

⁵⁰⁹ DIP explica como “[a] ruptura, no plano metafísico e até mesmo no histórico, da pós-modernidade com a tradição do pensamento ocidental, chegou ao extremo de um ‘fundamentalismo relativista’, em que a verdade não tem já mínima relevância. À moderna ‘morte de Deus’ sucedeu a morte de todas as coisas, inclusa a do direito, ensejando-se uma anarquia jurídica — desde o âmbito gnosiológico (ceticismo ou agnosticismo jurídico) até o metafísico (niilismo jurídico). A nota central dessa anarquia no direito é seu rompimento *in nuce* com a lei natural. É a negação do real, é a negação da natureza.” (DIP, Ricardo. O niilismo jurídico pós-moderno. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 12, nº 1, p. 93-112, julho/dezembro – 2012, p. 93).

⁵¹⁰ Tema sobre o qual já nos debruçamos na tese “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado. E, mais recentemente, “Ser e Dever: o fundamento objetivo das ordens moral e jurídica. O Objetivismo moral e jurídico de caráter metafísico” (SERPENTINO, Daniel, 2022), artigo a ser publicado em livro.

apenas uma técnica utilitária em prol de uma propalada eficiência dos mercados ou movidas por um consequencialismo de raízes pragmático-empiristas que persegue uma suposta racionalidade calculadora/instrumental/setorial apartada da estrutura geral da realidade (desembocando, não raramente, em modelos tecnocráticos).⁵¹¹

Devem ser – isto sim - escolhas políticas (no sentido que ARISTÓTELES e S. TOMÁS empregam a expressão) que consideram a política como “ciência do governo da multidão, em vista do bem comum”, e “arquitetônica”, pois “todas as demais ciências práticas estão a ela ordenadas para a consecução do bem perfeito nos assuntos humanos”⁵¹², e – como decisões - são atos tanto da razão como da vontade⁵¹³ (em que pese a nota de que a liberdade permite que a decisão se aparte dos bens do ente racional e do bem comum). Se toda regulação supõe escolhas políticas que – desde a perspectiva da tradição filosófica – encontram seu fundamento objetivo e legitimação na distintiva forma racional do ser humano e em uma escorreita noção de bem comum, extrai-se que, no exercício de atos de prudência política e jurídica, são estes mesmos fundamento e fim objetivos que devem informar tanto as modalidades ou técnicas de regulação (*ad. ex.*, de acesso, de preços, de qualidade, de transparência, de riscos etc.) como a própria determinação da coisa justa em concreto devida, transcendendo os estritos limites da teoria econômica de turno ou enfoques setoriais sobre a *ratio* e sobre os fins regulatórios, tais os que, por vários, gravitam em torno de discussões como “eficiência alocativa vs. distribuição”, ou sobre como equacionar as “falhas de mercado” ou “problemas regulatórios” concernentes à competição, à informação ou às externalidades, ou sobre a “captura” do regulador, ou ainda sobre um novo paradigma de regulação de riscos nas sociedades tecnológicas.

⁵¹¹ “...si la función del derecho es el ‘*suum quique tribuere*’, sin duda los juristas debemos conocer lo que opinan los economistas de las diversas escuelas y de sus análisis. Es algo que forma parte de la ‘*humanarum rerum notitia*’. Pero no tenemos por qué seguir las directrices de la teoría económica dominante en un momento dado, que, sin salir del mundo norteamericano, ha oscilado entre los polos contrapuestos de las escuelas de Yale y de Chicago. La ciencia del derecho para formular criterios de conformidad en la justicia general o legal, con su pauta del bien común, sin duda alguna ha de tener muy en cuenta, como un dato más para su conocimiento general, todo aquello sólidamente experimentado y ya sedimentado traído por la economía. Pero, no ha de navegar al viento de la teoría económica de moda que, en estas últimas décadas, hemos visto pasar como en un desfile de modelos, muchas veces fracasados poco después estrepitosamente.” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 572).

⁵¹² Cfr. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, p. 354. Confira-se, ainda, CASTELLANO: “...la economía se inscribe en el orden natural primeramente porque debe respetar el orden de la política; a continuación, porque debe respetar el orden entre las ciencias auxiliares de la política, que es ciencia y arte arquitectónica, y además, se inscribe en el orden natural al estar llamada a contribuir a la consecución del bien común que es el vivir bien, esto es, la vida humana virtuosa, no el bienestar animal. Desde este ángulo se convierten en preciosas las observaciones aristotélicas...” (V. CASTELLANO, D.. *Orden Natural y Economía. In Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons*, 2021, pp. 17-26, p. 23).

⁵¹³ Voltaremos ao tema no capítulo sobre a interpretação judicial.

Trata-se, pois, de um enfoque sobre a atividade regulatória - independentemente de se levada a efeito por um agente endógeno ou exógeno -, com especial destaque à regulação legislativa e à decisória, que se deve desenvolver alicerçada não sobre as “leis naturais do mercado”, mas sobre a lei natural, fundamento objetivo próximo a que toda atividade regulatória deve deferência, e em consideração ao bem comum, fim da comunidade política a que se subordina a ciência e técnica econômicas e que se consubstanciam, lei natural e bem comum, como fundamento e fim objetivos legitimadores da atividade regulatória (ainda que considerada a liberdade ínsita aos atos propriamente humanos que lhes torna sempre possível usar da liberdade contra seu próprio fim/bem e contra o bem comum): um critério regulador da regulação estabelecido não por qualquer construto, não por um mero alinhamento a outras instituições ou por meio de alguma teorizada ontologia social⁵¹⁴, mas desde alicerces onto-metafísicos, em que se considera, ademais, prudencialmente o contingente - em seus múltiplos aspectos e variações - sem ignorar o universal e a ordem de toda a realidade, seja na atividade regulatória da lei (*lato sensu*) positiva, seja na interpretação e deliberação judiciais próprias à atividade de determinação do justo concreto, é dizer, do direito, com o que – e isto se verá no capítulo em que se tratará da interpretação – transitar-se-á na tensão entre fato e norma sem descuidar do fundamento e fim objetivos, rechaçando-se tanto os voluntarismos regulatórios (legislativo, público-administrativo e judicial) quanto o formalismo-mecanicista.

⁵¹⁴ Valer recordar, com CASTELLANO, que a racionalidade é o critério da tradição, não a tradição o critério da racionalidade. Diz o autor: “*Como se ve, el orden bajo muchos aspectos es un problema, como es un problema la tradición. Esta no es siempre y necesariamente la ‘tradio’ clásica, esto es, el transmitir lo que merece ser transmitido y, por tanto, requiere una valoración racional. Con frecuencia se la confunde con la simple costumbre y, por tanto, se convierte en simple moda, que está en la base de la modernidad y no de la tradición. Incluso prescindiendo de su acepción histórico-sociológica, que lleva a identificar la tradición con la conservación, debe notarse que para diversos autores la ‘tradio’ coincide con la ‘institutio’, es decir, con el patrimonio creado por las instituciones (artificialmente constituidas), primariamente con la costumbre creada por el Estado sobre todo a través de su ordenamiento jurídico. La tradición, en este caso, vendría a coincidir con una fuerza ordenadora en función de principios asumidos al origen de la vida asociada y transmitidos en el interior de y por las instituciones. Sería propiamente una praxis de vida conforme a las normas y a los ordenamientos. Se olvida, sin embargo, que la tradición no sigue al caos, a la anarquía, al estado de naturaleza. Es más bien la regla para juzgar el caos, para impedir el surgimiento de la anarquía, para evitar caer en el error de la admisión de la existencia de lo que nunca ha existido, no existe, ni existirá. Así, en la cultura en que está ausente sea la aproximación auténticamente filosófica a las cuestiones puestas por la experiencia social, sea el constructivismo político-jurídico tal como fue elaborado por la cultura europea de inspiración sobre todo protestante, la tradición se identifica, en la mejor de las hipótesis, con la identidad de un pueblo, que representaría el criterio para juzgar toda novedad. En otras palabras, no sería la racionalidad el criterio de la tradición, sino la tradición el criterio de la racionalidad. Como se dijéramos: “Nosotros aquí lo hacemos así”. Esta sería la tradición que permite evitar los conflictos. El “nosotros aquí lo hacemos así” sería también el criterio sobre la base del que juzgar lo que es legítimo y lo que no lo es. En otras palabras, la praxis sería justificación de la teoría, el hacer prevalecería sobre el ser, la historicidad sobre la metafísica. La identidad, incluso la que se entiende como elección valorativa común, lleva sin embargo, y sobre todo, a considerar válido lo que se comparte. Debe notarse, no obstante, que no siempre lo que se comparte es válido: no es el consenso, de hecho, el que crea el valor; es el valor, al contrario, el que reclama el consenso.” (CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización. Apuntes para una breve introducción al problema*. Verbo, núm. 499-500 (2011), 811-816., pp. 813/814).*

Nessa perspectiva, considerando que os agentes econômicos que se organizam como empresas passam a ser vistos desde a dinâmica de suas complexas relações entre si, no mercado (ou mercados)⁵¹⁵, e com seus reflexos sobre o tecido social e jurídico, em nível global inclusive - e observados os supostos por muitos ordenamentos jurídicos, assim o brasileiro, direito de propriedade, livre iniciativa, livre concorrência e autonomia contratual -, devem sujeitar-se, nos ambientes em que atuam, a alguma regulação que não encontra no próprio “mercado” o *locus* fundante de seus critérios últimos. Em outras palavras, embora a análise e emprego de técnicas e modalidades regulatórias assumam destacada importância, não é no próprio mercado que os marcos regulatórios encontram sua justificação genuinamente racional, mas em algo que está para além dele, reclamando sempre a regência do bem comum e critérios de prudência política e jurídica, em especial nas atividades legislativa e decisória.

Se, no âmbito prático, o fim cumpre papel de princípio, é preciso indagar e responder com precisão qual o princípio diretivo da economia. Se a ordem é a unidade da disposição conveniente de uma multiplicidade de coisas e se, na lição de S. TOMÁS, “sempre se diz por comparação com um princípio”⁵¹⁶, a ordem econômica, voltada a um fim, deve dispor-se orientada por este fim que é primeiro princípio diretivo. Esse princípio – bem o disse PIO XI⁵¹⁷,

⁵¹⁵ “*El término mercado ha significado originalmente lugar público en el cual se compra y se vende: proviene de ‘mercor’, que significa adquirir con dinero. Este sentido se ha conservado, pero ampliando el concepto de lugar público. No es necesariamente un lugar determinado y concreto, sino un conjunto complejo de relaciones de oferta y demanda, según las cuales se definen valores de cambio que se expresan en precios. Hay mercado allí donde hay disponibilidad de bienes transables e intención de transarlos. Lo que hace el mercado es poner en comunicación entre sí a quienes tienen intereses complementarios.*” (WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 213-226, p. 219).

⁵¹⁶ AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica*, I, q. 42 art. 3.

⁵¹⁷ V. *Quadragesimo Anno*. (1931). Pio XI. Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Cito: “Como não pode a unidade social basear-se na luta de classes, assim a recta ordem da economia não pode nascer da livre concorrência de forças. Deste princípio como de fonte envenenada derivaram para a economia universal todos os erros da ciência económica « individualista »; olvidando esta ou ignorando, que a economia é juntamente social e moral, julgou que a autoridade pública a devia deixar em plena liberdade, visto que no mercado ou livre concorrência possuía um princípio directivo capaz de a reger muito mais perfeitamente, que qualquer inteligência criada. Ora a livre concorrência, ainda que dentro de certos limites é justa e vantajosa, não pode de modo nenhum servir de norma reguladora à vida económica. Aí estão a comprová-lo os factos desde que se puseram em prática as teorias de espírito individualista. Urge por tanto sujeitar e subordinar de novo a economia a um princípio directivo, que seja seguro e eficaz. A prepotência económica, que sucedeu à livre concorrência não o pode ser; tanto mais que, indômita e violenta por natureza, precisa, para ser útil a humanidade, de ser energicamente enfreada e governada com prudência; ora não pode enfrear-se nem governar-se a si mesma. Força é portanto recorrer a princípios mais nobres e elevados : à justiça e caridade sociais. E preciso que esta justiça penetre completamente as instituições dos povos e toda a vida da sociedade; é sobre tudo preciso que esse espírito de justiça manifeste a sua eficácia constituindo uma ordem jurídica e social que informe toda a economia, e cuja alma seja a caridade. Em defender e reivindicar eficazmente esta ordem jurídica e social deve insistir a autoridade pública; e fá-lo-á com menos dificuldade se se desembaraçar daqueles encargos, que já antes declarámos não serem próprios dela. Mais: é muito para desejar que as várias nações, pois que tanto dependem umas das outras e se completam economicamente, se deem com todo o empenho, em união de vistas e de esforços, a promover com prudentes tratados e instituições uma vantajosa e feliz cooperação económica internacional.”

recordando que a economia é a um só tempo social e moral - como não é “luta de classes”, também não é a livre concorrência das forças do mercado, que ditaria as “leis do mercado”. Se, por um lado, a liberdade de concorrência – observados certos limites – revela-se justa e vantajosa, não pode, por outro, ser erigida a princípio orientador da vida econômica, porquanto resulta, a realidade prova-o, em um desencadear de movimentos e forças não raramente opostos ao bem comum (fim da comunidade política e pauta da justiça geral ou legal) e ao fim do ser humano. Movimentos e forças que – claro está – não podem governar-se a si mesmos, mas devem conformar-se e submeter-se, com inteligência e virtude, a um princípio diretivo seguro e eficaz estabelecido na justiça e na caridade sociais:

“...é sobretudo preciso que esse espírito de justiça manifeste a sua eficácia constituindo uma ordem jurídica e social que informe toda a economia, e cuja alma seja a caridade. Em defender e reivindicar eficazmente esta ordem jurídica e social deve insistir a autoridade pública”.

Esses princípios – justiça e caridade - devem, bem recordou PIO XI, ser observados pelas nações também em suas relações internacionais, porquanto economicamente dependentes e complementares entre si, a fim de alcançar, tanto quanto possível, uma vantajosa e harmônica cooperação econômica internacional.

ALVEAR TÉLLEZ assim resumira a questão:

“En las economías subordinadas, el mercado no era ni podía ser un mecanismo ni un sistema. Era una simple aunque importante función económica entre otras, llamada a operar en las bases de una sociedad donde se cultivaba un conjunto de virtudes no utilitarias. El mercado se ordenaba a la economía y la economía estaba disciplinada por la justicia. En las economías modernas, emancipadas de todo orden moral trascendente, la economía está al servicio del mercado, que se levanta como un sistema virtualmente omnipresente. Un remedo, en paralelo, al Leviatán político. El mercado ha mutado en mecanismo despersonalizado, artificio racionalista inhumano, que ha venido a ser dominado por intereses oligárquicos que doblegan, diríase día a día, las exigencias de la justicia. En este contexto no se puede hacer mucho. Pero en lo mínimo hay que sostener que el mercado debe volver a estar al servicio de la economía (rectamente entendida), y no a la inversa. El mercado cumple su función si satisface de un modo eficiente las necesidades humanas, pero en esa misma medida y proporción. Más allá del mercado, es al Derecho a quien le corresponde garantizar la justicia de los intercambios económicos, velando siempre por el bien común, en clave de justicia distributiva y general. Superando la justicia, el imperio de la caridad, hoy tan necesaria. Hay toda una economía de la caridad que necesita ser rescatada e impulsada.”⁵¹⁸

⁵¹⁸ ALVEAR TÉLLEZ, Julio. *El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico cit.*, pp. 301/302.

A conformação da economia - não pelas supostas “leis naturais do mercado” (sejam as do liberalismo ou as do marxismo, que se subtraem ao crivo moral)⁵¹⁹ ou por um direito fruto de um mero querer - mas por um direito moralmente orientado, próxima e objetivamente fundamentado na lei natural e pautado pelo bem comum em sua correta acepção (que é o objeto da justiça geral ou legal), não deve, pena de graves consequências, ser ignorada.

BUSTAMANTE destaca a relação de conformação da economia ao direito e de ambos à moral, bem assim como essa ordenação contribui a que as relações econômicas desenvolvam-se de modo compatível com a segurança, a justiça e a liberdade:

“... los mandatos jurídicos, dirigidos a componer los conflictos de intereses entre los miembros del grupo social, si es verdad que conllevan elementos económicos irreductibles, no es menos cierto que el sistema de Derecho que los preside está enmarcado dentro del mundo axiológico del deber ser ético. Así, la economía, en sus relaciones con el Derecho, adquiere un perfil jurídico, cimentada sobre una base de certeza que permite que su actividad, dirigida a la creación y circulación de riqueza, se desenvuelva dentro de los intereses de seguridad, de justicia y de libertad. (...) la valoración jurídica debe enfocarse siempre buscando la realización del bien común social que conlleva el cumplimiento y la satisfacción de las necesidades humanas para que el hombre alcance a plenitud sus fines. De aquí que toda valoración económica debe hallarse en última instancia subordinada al criterio jurídico que establezca el ordenamiento nacional que sin duda habrá de responder a las exigencias supremas de la vida humana. Porque puede darse el supuesto de que una acción jurídicamente lícita sea económicamente desventajosa o indiferente, a la vez que una acción económicamente útil resulte inmoral o ilícita. No obstante, aquí deberá prevalecer el criterio jurídico que viene ordenado a la satisfacción del fin superior de la comunidad cuyos intereses prevalecen sobre aquellos de los particulares. Esto es así, porque tanto el sistema jurídico como el moral salvaguardan los valores esenciales de la vida, es decir, dan normas absolutas y ponen límites no transgredibles, si bien dentro de éstos consienten al arbitrio individual la más precisa selección de las acciones. Es por esta circunstancia que se deriva la imposibilidad de fundar el Derecho en la economía o, con otras palabras, la necesidad de que el momento económico sea subordinado al jurídico.”⁵²⁰

Outros autores apontam para a necessária conformação moral da economia. VALLET DE GOYTISOLO reflete sobre uma pretensa independência ética da ordem econômica:

“¿Puede funcionar un orden económico del todo independiente de un orden ético? ¿Puede existir un orden económico libre en un orden político dominado por el voluntarismo, sea el de un dictador, el de unas oligarquías dominantes, aunque se turnen al compás del sufragio universal? El mismo reinado del egoísmo, que Von Mises considera motor del progreso, ¿acaso no puede ahogar la libertad, motor de ese progreso, para acrecentar el poder político hasta dominar los poderes económicos, aduciendo que sólo trata de destruir las desigualdades consideradas

⁵¹⁹ “El ‘marxismo’ nos ha erigido como ley universal, -que el hombre está sometido al determinismo económico, con lo cual su libertad no es más que una palabra varia. También los liberales se persuadieron de que el determinismo reinaba en la esfera de la economía, porque estaban impelidos a hacer de su ciencia un saber mecánicamente perfecto a semejanza del modelo de la física- mecánica.” (BUSTAMANTE, Lino Rodrigues-Arias. *Derecho y economía. Necesidad de un retorno a la filosofía del hombre. Verbo. Número 203-204: Serie XXI*, 1982, pp. 318).

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 310 e 312/313.

opresivas, especialmente si este objetivo es argüido demagógicamente para facilitar la consecución o mantenimiento del poder político? ¿No llevará el egoísmo a estos resultados -sigo preguntando- por qué en el nivel humano fallan la moral y las virtudes civiles tradicionales: la templanza, la laboriosidad, el ahorro, la iniciativa individual y el sentido de la responsabilidad y el cumplimiento de los deberes, con tanto hablar de derecho?”. E responde: “La fina sensibilidad femenina de Simone Weil comprendió: «Sería muy extraño -dijo,- que el orden de las cosas materiales reflejara mejor la sabiduría divina que el de las cosas del alma. Lo contrario es la verdad.» Los romanos sabían que la jurisprudencia -como dijo Ulpiano al definirla- requería la noticia no sólo de las cosas humanas, sino también de las cosas divinas.”⁵²¹

FERNS destaca a inversão em que consiste ordenar o homem à economia, e não, como era de esperar-se, a economia ao homem, destacando a necessária conformação moral da economia:

“La producción de bienes y servicios, junto con su distribución, son el objeto propio de la economía. Pero la economía es para el hombre, y no éste para la economía, que debe considerar al sujeto de ella, sea productor de bienes o servicios, apartador de capital o trabajador, como lo más importante y determinado no solo por las leyes económicas, sino también por las morales que rijen la economía, y no ésta a aquélla.”⁵²²

NALINI, similarmente, exporá um desafio premente:

*“As novas gerações terão aparentemente invencível desafio pela frente: fazer com que a economia se subordine à ética e seja considerada uma ciência ancilar, assim como todas as demais, a serviço da realização em plenitude do valor da dignidade humana”.*⁵²³

Trata-se, pois, de compreender que o verdadeiro desenvolvimento - de cada ser humano e dos povos - não se reduz ao âmbito econômico, a uma noção meramente materialista-utilitarista⁵²⁴, mas subordina o *agir/fazer* (social, político e econômico) do homem aos critérios morais radicados na natureza das coisas e de cada coisa, ao fim último a que se destina e à consecução do bem comum, de modo que a busca pelo progresso material não se pode realizar

⁵²¹ V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 573/574.

⁵²² FERNS, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica? Verbo. Verbo, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 87.*

⁵²³ V. NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional cit.*, p. 193.

⁵²⁴ “El desarrollo, como elemento central de la política, fue ganando a los dos sistemas axiológicos antagónicos del Mundo contemporáneo (el integrista de los países colectivistas y el tecnocrático del mundo de Occidente) provocándose: la apoteosis de las tecnoestructuras, como centros decisionales; la expansión de las empresas multinacionales; la interposición de los Managers entre la Sociedad y las empresas.” (CARBALLO FERNÁNDEZ, José María. *La economía de la acción pura. Verbo. Número 115-116: Serie XII, 1973, p 553).*

sem a conformação ética/moral e política de toda atividade regulatória, sem que – conforme recorda JAVIER DE MIGUEL - a virtude substitua a ideologia:

“... el cambio de paradigma va más allá de eclecticismos o «terceras vías», que no son sino alternativas que siguen contaminadas de ideología. Lo que es necesario es que la virtud sustituya a la ideología, y esto sería aplicable no sólo a la economía, sino a las restantes áreas del pensamiento, la política y el derecho fundamentalmente, porque sólo a través de ordenamientos jurídicos y sistemas políticos inspirados en la búsqueda del bien común, meta que sólo se alcanza mediante el fomento de la virtud individual y colectiva, se podrá aspirar a un orden social justo. Una economía cristiana no es una ideología, sino que forma parte de la cosmovisión del hombre y el mundo tal como son, sin deformaciones, sin tomar la parte por el todo, sin mecanicismos o mesianismos, simplemente atendiendo en primer lugar a la caridad y la justicia, y a continuación a las demás virtudes. Un cambio de paradigma económico es posible, pero sólo lo será si todo el conglomerado social y la vida de los individuos y las comunidades giran entorno a la virtud, y no a la utilidad.”⁵²⁵

Conforme aponta FERNS, “[n]o se trata, pues, de otra cosa que el volver al orden-del-bien, fundado en el orden-dado-al-ser, sobrepasando el inmanente orden-de-la-mera-utilidad, «per se» y forzosamente «economicista», cálculo de esfuerzos y retribuciones.”⁵²⁶

Reclama-se, pois, uma ordem econômica que - não sendo independente de qualquer ordem ou autopoietica - seja regulada com observância do fundamento objetivo de toda normatividade, a lei natural, e com vistas à justiça (a distributiva, a comutativa e, especialmente, a justiça geral ou legal), de forma a dispor-se em função do bem comum (conformação à política) e do próprio bem/fim do ser humano (conformação ética) e, assim, seja apta a auxiliar que se lhe possam ser satisfeitas, proporcional e ordenadamente, a necessidade por bens materiais e por bens espirituais (suposta a reta ordenação das paixões e das potências inferiores da alma às superiores, a fim de que os bens sejam adequadamente hierarquizados⁵²⁷): uma

⁵²⁵ MIGUEL, Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana*. Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464, pp. 463/464.

⁵²⁶ FERNS, Antonio Segura. *Una lectura metafísica de la encíclica ‘sollicitudo rei socialis’*. Verbo. Número 265-266: Serie XXVII (1988), págs. 599-630, p. 616.

⁵²⁷ A esse respeito, BASTIT também é assertivo: “Las virtudes son así una suerte de segunda naturaleza adquirida por la educación y la repetición cada vez más sencilla de actos virtuosos. La especificidad humana se halla atada a la práctica de las virtudes morales. Se reúnen en ella, en efecto, de una parte, la voluntad, es decir, la forma de la razón que permite realizar actos humanos, y de otra parte, la prudencia, en tanto que virtud noética, que regula el deseo y la voluntad indicando la medida conveniente al acto concreto. Así, por ejemplo, puesto que el valor es un medio entre cobardía y temeridad, conviene que la prudencia determine el punto en que se sitúe, en un caso dado, este equilibrio. Gracias a este ejemplo se comprende bien que la razón humana se halla profundamente entañada en la vida moral y práctica. También además en la política, que precisa de la cooperación y la posesión de un lenguaje que permita discusiones razonables. En la cima de las actividades virtuosas encontramos evidentemente aquella por la que el hombre accede a su fin último: la sabiduría teórica. Si es cierto que el acto propio de esta virtud supera la vida práctica y política, no lo es menos que ésta resulta la condición del ejercicio posible de aquélla. Al indicar el fin de la vida práctica, orientado hacia la práctica de las virtudes, la naturaleza ofrece un cuadro determinado a la vida humana. No se alcanza el fin sino según lo que se es. Determinación ésta que se refleja, por ejemplo, en la calificación intrínsecamente mala de ciertos actos (asesinato, adulterio, etc.). Lo que procede al final es la elección de los medios apropiados y la exclusión de los inapropiados. De la consideración del fin, pues, brota un cuadro lo suficientemente amplio como para dejar espacio a la prudencia y

ordem econômica assim metafísica, moral, política e juridicamente conformada, é dizer, deferente à natureza das coisas e de cada coisa, disposta ao bem comum e ao bem/fim do ser humano, de sorte que seus critérios de legitimação não podem ser meramente convencionais, um mero produto do querer, já que toda regra que se pretende objetivamente fundada como justa deve referir-se a um substrato ôntico. Nas palavras de S. TOMÁS, conforme recorda CASTELLANO: “*As riquezas se relacionam com a econômica, não como fim último, mas como uns instrumentos, segundo Aristóteles. Pois, o fim último da econômica é a boa direção da vida, no seu conjunto, relativamente à sociedade doméstica*”.⁵²⁸

Deve-se, portanto, concluir ser necessária uma regulação da economia e das atividades econômico-empresariais sobre o fundamento de uma justa hierarquia de bens e, em especial, sobre a base do bem comum⁵²⁹. Nesta senda, é precisa a lição de CASTELLANO:

*“...la economía no goza de la autonomía que reivindican las doctrinas modernas y que –impuesta con vigor a partir del siglo XVIII– le impide resolver el mismo problema económico, porque –como ya se ha dicho– lleva a la misma a poner entre paréntesis el fin natural, el verdadero fin del hombre. La misma economía se convierte así, de modo necesario, en un juego que se regula artificialmente y se acepta convencionalmente. Lo demuestra también la planificación basada en el solo beneficio, sea individual o ‘socializado’, como ocurre respectivamente en las sociedades liberales o en las regidas por regímenes socialistas: la reivindicación de la regulación económica basada en la ley del mercado representa una indiferencia (declarada o solo practicada) respecto a la justicia social. Lo que, en cambio, debe considerarse es la necesidad de una regulación de la economía (también de la economía de mercado) sobre la base de una justa jerarquía de bienes y, sobre todo, sobre la base del bien común. Lo ha subrayado el magisterio reciente de la Iglesia al destacar el primado natural de la política sobre la economía, que corresponde a las exigencias de la dignidad humana, de manera que su defensa y promoción representa un deber esencial de la comunidad política.”*⁵³⁰

no obstante limitado y determinado. Éste es el punto más difícil de comprender para los modernos: la idea de un cuadro ético recibido y no construido por el hombre les parece una coacción intolerable. El límite es para ellos necesariamente negativo. Restringe su libertad, concebida como deseo ilimitado. En realidad, sin embargo, el límite es una determinación positiva que evita deslizarse en lo informe, que conduce a una libertad de desarrollo y de dominio de los placeres desordenados y que, más positivamente aún, lleva al ejercicio de las facultades más altas. Pero aquí aparece un segundo malentendido. Como es de hecho bien difícil librarse completamente de la naturaleza y vivir en la pura construcción, se recurre a un sustituto de la naturaleza, a una naturaleza limitada. Es lo que se produce netamente en el utilitarismo. Se sustituye la felicidad a través de la realización de actividades de las más elevadas con la felicidad como maximización de los placeres y minimización de las penas (BENTHAM). La felicidad se convierte esencialmente, pues, en un estado sensible, mensurable a partir de la parte baja de la naturaleza. Todo lo que pudiera aparecer como ascesis hacia una vida más prometedor viene desconsiderado y devaluado como una terrible opresión. Frente a la satisfacción de los deseos sensibles medida en función de los deseos y placeres intelectuales y espirituales, se ha invertido el orden en beneficio de los placeres sensibles y medibles (cfr. las nociones de «wel-fare» y de «welfare-state»).”

⁵²⁸ V. AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica, II-II, q. 50, a. 3.

⁵²⁹ V. as Cartas Encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. Disponíveis em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html; https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

⁵³⁰ V. CASTELLANO, D., *op. cit.*, p. 24.

A economia deve ser, portanto, útil ao homem na medida em que dirigida à satisfação de suas necessidades materiais, as quais, bem recorda DE CORTE⁵³¹, não se dissociam das suas necessidades de outra ordem, tais a afetiva, a intelectual e a espiritual, devendo, assim, ordenar-se de modo deferente ao fim natural que se extrai de sua natureza racional livre, que é também a sua felicidade, e à sua politicidade.⁵³² Porque há decisões livres em economia (atos da vontade) e devem elas ser deferentes ao bem comum, sua natureza é de economia política na qual as escolhas submetem-se a juízos de valor que se qualificam segundo observem a própria natureza racional do ser humano, seu fim e o fim da comunidade política, pelo que se poderia denominar uma “economia política humanista”, conforme cita CASTELLANO com apoio em DE CORTE. Uma economia voltada instrumentalmente à promoção do “viver bem”, que não é um materialista “bem-estar”, mas o viver virtuosamente, conforme a natureza humana, a qual se define pela racionalidade e inclui sua politicidade. Isso põe à mostra, recorda o autor com apoio em ARISTÓTELES e S. TOMÁS, “*el vínculo imprescindible entre economía, justicia, ética y virtude*”⁵³³.

Já assentada a relação de entranhamento do *dever* no *ser*, bem assim que o filósofo, o cientista e o jurista, podendo descrever e explicar o que *é*, também podem e, eventualmente, devem – desde critérios objetivos, ontológicos, radicados na natureza das coisas e de cada coisa – prescrever o que *deve ser*, que não é, já se viu, uma categoria subjetiva e arbitrária criada *ex nihilo*, faz-se agora necessário insistir que uma genuína ordem econômica (e, logo, uma ordem do mercado), para que mereça ser denominada de “ordem”, deve encontrar-se moral e metafisicamente subordinada. Uma ordem que, assim, não pode ser o resultado de uma criação voluntarista e autopoiética subordinada à subjetividade de quem defina seu conteúdo ou a intervenções apartadas da natureza das coisas e que, meramente manifestativas de um “fato do poder” ou fruto de voluntarismos quaisquer, submetem a regência da economia a supostas “leis

⁵³¹ DE CORTE, Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre*. (1972). Fundación Speiro. Número 101-102: Serie XI Número 101-102: Serie XI.

⁵³² Recordando a lição de ARISTÓTELES, diz CASTELLANO: “...la producción es instrumento de la acción, que es vida. La producción, por tanto, está en función de la vida, no es un fin en sí misma. La verdadera riqueza, por consiguiente, no es la acumulación como fin en sí mismo, sino la adquisición de los bienes necesarios para la vida e indispensables a la comunidad política o la familia” (CASTELLANO, D., *op. cit.*, p. 22).

⁵³³ *Ibidem*, p. 23. Cito: “La economía tiene también un orden intrínseco. En primer lugar, debe procurar una riqueza honrada y justa. Honrada, en cuanto es perseguida para finalidades humanas y con métodos moralmente correctos; justa, en cuanto es buscada en la medida justa, es decir, a fin de satisfacer de manera moderada las necesidades naturales del hombre. Debe procurar, en segundo término, bienes realmente útiles. No todo bien, en efecto, es tal para el hombre, e incluso los que lo son pueden (cuando se usan en defecto o, sobre todo, en exceso) convertirse en causa de males para el hombre. Así pues, la riqueza y los bienes que la economía procura postulan un orden óntico y ético que debe respetarse en el momento de usarlos.”

naturais do mercado” ou a leis e decisões insubordinadas à natureza das coisas e de cada coisa, ao bem real humano e ao bem comum.

“Ordem” implica a unidade da disposição de uma multiplicidade de coisas segundo uma relação de fim⁵³⁴ e, na lição de S. TOMÁS, “sempre se diz por comparação com um princípio”⁵³⁵. O princípio ordenador de toda ordem deve estar segundo a natureza do que ordena, para que a ordem, mais do que meramente funcional, esteja ontologicamente conformada segundo a natureza das coisas e de cada coisa. A razão de ordem compreende não apenas a excelência das formas, mas as operações e movimentos que encontram na forma do ente princípio e limite para suas operações. A conveniente ordem normativa jurídica (também a da economia e, por extensão, do mercado) há de dispor-se, portanto, conformada por um fundamento objetivo, ontológico, é dizer, segundo a ordem da natureza das coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*), cuja razão de ordem é participada ao ser humano pelo acesso à lei natural inscrita na natureza das coisas, lei essa que é o fundamento próximo diretivo dos atos humanos (dos quais participam inteligência e vontade).⁵³⁶ Para mais, devendo dispor-se objetivamente direcionada às exigências do bem comum, que é a pauta da justiça legal ou geral, princípio diretivo da economia, a ordem econômica (e, logo, a ordem jurídica do mercado) deve não apenas fundar-se no princípio próximo de toda normatividade, a lei natural, mas orientar-se pelo fim que é dado por seu primeiro princípio diretivo, o bem comum (no âmbito prático, já se pôde ressaltar, o fim cumpre papel de princípio⁵³⁷).

Nessa ordem objetivamente fundada e potencialmente cognoscível (tanto quanto possível) pela reta razão, observar-se-ão ainda seus princípios gerais próprios tanto na normatização positiva (por conclusão ou determinação) quanto na interpretação jurídica, ambas hipóteses atrativas de critérios de regulação prudencial (política e judicial) que não dispensam, antes largamente consideram os usos, costumes e práticas mercantis.⁵³⁸ A propriedade

⁵³⁴ Tal como definida por SILVEIRA: “ORDEM é a disposição das coisas aos seus fins próprios, e *desordem*, obviamente, a perda dessa orientação teleológica.” (V. SILVEIRA, S., *Cosmogonia da Desordem cit.*, p. 675, nota 1586). Ainda, LAMAS: “*Con la palabra orden se pueden significar dos cosas distintas: a) Un todo ordenado, es decir, un conjunto, una pluralidad de cosas, que constituyen una unidad. En este caso se dice que hay un orden con referencia al todo, al conjunto mismo, que conforma una unidad precisamente porque está ordenado. b) O se puede indicar lo que es el elemento formal de ese todo ordenado, es decir, aquello en virtud de lo cual se dice que constituye una unidad y está ordenado, su principio estructural.*” (V. LAMAS, F. A. (2015). *La estructura del orden moral: una introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista, Prudentia Iuris*, 79, págs. 57-86).

⁵³⁵ AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica I*, Q. 42 art. 3.

⁵³⁶ “Ora, a ordem reside principalmente nas coisas, e delas deriva para o nosso conhecimento.” (AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica II-II*, Q. 26 art. 1).

⁵³⁷ AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica II-II*, Q. 26 art. 1.

⁵³⁸ Atentando-se ao uso de “direito” em sentido analógico secundário, vale a indicação de FORGIONI: “Do intrincado conúbio entre prática mercantil, direito estatal e atividade jurisprudencial resulta o direito mercantil, vetor

privada⁵³⁹, a livre iniciativa, a subsidiariedade, a livre concorrência, a autonomia contratual e outros princípios da ordem econômica, refletindo uma ordem objetiva anterior à positivada, informarão a atividade legislativa e judicial em ordem ao fim da justiça e do bem comum, considerando-se a positividade de leis (suposto não sejam *corruptio legis*) regulativas de relações diversas, tais a trabalhista, a de consumo, etc., e de variadas espécies de contratos e de convênios privados.

Alcançado o ponto e dada a difundida concepção positivista (um positivismo da vontade, normativo ou decisório, de fundo nominalista e voluntarista, é dizer, de um “direito” já subjetivado como norma ou faculdade, ou ainda manifestativo de um mero “fato do poder”, mas sempre um produto da vontade, um mero produto cultural desvinculado das exigências que o *ser* impõe a toda atividade prática), uma comum indagação que poderia novamente surgir é a de se há uma ordem objetiva - anterior àquela ordem da normatividade positiva, à constitucional⁵⁴⁰ inclusive - impositiva de exigências normativas ao *agir/fazer* humanos, também em âmbito econômico.

fundamental da ordem jurídica do mercado.” (FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro *cit.*, p. 186).

⁵³⁹ Veja-se, sobre o “caráter natural” do “direito de propriedade privada” e sobre os “deveres do proprietário”, a revelar a relação entre bem particular e bem comum político: DIP, Ricardo. Sobre a função social do registrador de imóveis. Palestra proferida em Moscou, no XVII Congresso Internacional de Registro Imobiliário. 2004. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/006-dip-funcao-social-do-registrador.pdf>. Cito: “No *respondeo* do art. 1º da apontada questão 66, S. Tomás distinguiu nas coisas externas a *natureza* e o *uso*, para concluir que, no tocante com o último, “o homem tem o domínio natural das coisas exteriores” — *habet homo naturale dominium exteriorum rerum*, afirmação a que retornou para solver a primeira objeção prévia que ele próprio formulara, como era da metódica da *Suma*: “o homem (respondeu o filósofo) tem o domínio natural dessas coisas, quanto ao poder de usá-las”. É no art. 2º da versada questão 66 da IIa.-IIæ. da *Suma* que S. Tomás expôs decisivamente a matéria de que aqui nos ocupamos. Por primeiro, no *respondeo* desse artigo, disse ele que o poder de gestão e de disposição das coisas exteriores é lícito ao homem e, além dos três motivos que elencou ali em favor dessa licitude, razões adicionais podem ainda alinhar-se a seu pensamento, como, *inter alia*, a) o fomento da inclinação criadora dos homens no âmbito econômico, b) a satisfação de uma expectativa de segurança familiar, c) o favorecimento da estruturação natural da Sociedade política, d) a repartição do poder na Sociedade e e) a garantia das liberdades concretas.”

⁵⁴⁰ “Pietro Giuseppe Grasso observou, a propósito, que o dogmatismo do direito constitucional contemporâneo se fundamenta em que as constituições se conceberam ‘com a função de substituir o direito natural’. Assim, as constituições se teriam tornado vulgatas das ideologias de turno ou uma espécie de *Enchiridion Potestatum*: os problemas constitucionais seriam questões não de direito, mas, antes, de poder. Nessa trilha, a teoria jurídica de códigos político-ideológicos exigiria, ao fundo, um compromisso de tipo fideísta, leal a um credo articulado — a constituição —, o que não parece sobreviver sem a sustentação dos *preambula fidei*: isto é, a sustentação ideológica da legitimidade constitucional. Essa tarefa preambular da fé política parece agora afligir-se pela crise: os teóricos da Constitucionalística europeia são interpelados por um incômodo problema: a Constituição é onipotente? Ou, em outros termos, o Estado — ou, para seu caso, a União europeia de Estados — se faz deus? (...) Nesse ambiente pós-moderno, o “direito” das concepções imanentes faz-se muita vez adversário da segurança, em parte por sua difusividade angustiosa, fruto de um impossível fim absoluto, mas, sobretudo, por seu inevitável não-compromisso com a natureza das coisas. Por trás do vórtice da quantidade e da transitoriedade dos direitos, adivinha-se que a positivação jurídica, alheada da busca de uma *res iusta* objetiva, só pode contentar-se em ser tarefa de *poiesis*, produtiva de uma espécie de ocasional virtualidade jurídica e cujo norte, não raro, está limitado ao interesse dominante de um projeto restrito aos contornos do poder político: é que, com efeito, ao não se

Ora, no curso das ideias até aqui desenvolvidas – bem vistas as coisas - essa pergunta já se encontra devidamente respondida: a ordem do *agir/fazer* encontra fundamento na ordem do *ser*, na natureza das coisas e de cada coisa disposta a tudo dirigir ao seu fim/bem, em uma ordem anterior que ao homem é participada cognitivamente pela intimação da lei natural (note-se: o ente racional conhece a lei natural por sua razão, mas sua razão não a promulga, senão que a reconhece), ainda que a liberdade ínsita à racionalidade permita que dela nos afastemos em cada ato propriamente humano praticado. No âmbito do direito - presente a nota da alteridade (do bem devido a outrem) e observado o fundamento antes aludido - a pauta distintiva da juridicidade é o bem comum. Resulta útil insistir no ponto da relação de entranhamento do *dever* no *ser* e, para mais reforçar a magna importância da questão, compreender que, inexistisse uma ordem natural anterior àquelas ordens pelos seres humanos criadas (como as do *agir* e do *fazer*, também em âmbito econômico), nada poderia sequer ser conhecido, porquanto o conhecimento supõe a forma de uma ordem (não se conhece o absolutamente indeterminado), de sorte que todo conhecimento – mesmo o prático – tem, em última instância, sua causa e correspondência no objeto/ente inteligido (primazia do *ser*)⁵⁴¹, o que supõe uma ordem do *ser* antes dada para que, a partir dela e condicionada normativamente por ela, uma ordem normativa positiva seja então disposta, o que mais uma vez indica a precedência da ordem metafísica à cognitiva.⁵⁴² Que haja uma ordem natural dinâmica que a razão humana capta e apreende, mas não estabelece ou faz, é algo que não se pode, portanto, recusar sem demolir a própria possibilidade do conhecimento. E tal ordem, já se apontou sucintamente nesta tese e noutra

reconhecer realidade objetiva alguma, cuja transcendência justifique o êxtase da potestade política, não há razão para referir o direito aos fins de outros (...).” (DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós-moderna* cit., pp. 31/32). Veja-se, ainda, CASTELLANO: “*La hermenéutica de las normas constitucionales impone a las Cortes remontarse a los principios sobre los que se sostiene el ordenamiento constitucional. Principios que no pone el poder constituyente, al contrario, de los que el poder constituyente debe valerse por la misma naturaleza del derecho: persona, libertad, conciencia, naturaleza de las cosas, deber, autodeterminación, fidelidad, igualdad, etc., no son creaciones de quien ha puesto la norma (todas las normas, comprendidas las constitucionales), sino condición de la misma norma. De modo que su reconstrucción teórica debe llevar a su individuación teórica. En otras palabras, el principio no es indivisible solamente «leyendo» la voluntad del legislador, puesto que también el legislador se ha debido servir de él en su obra. El principio, por tanto, trasciende el ordenamiento jurídico, incluso el constitucional, porque no representa el verdadero fundamento: no es el clavo al que atar la cadena kelseniana, ni la sola autoimposición de la identidad schmittiana, sino el punto de Arquímedes sobre el que se basa la entera experiencia jurídica. El principio, así, hablando propiamente, es trascendental (está dentro y fuera) del ordenamiento jurídico.*” (CASTELLANO, Danilo. *La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la constitución escrita: ¿Hermenéutica o ejercicio de un poder político?* Verbo, núm. 503-504 (2012), 287-306, p. 302).

⁵⁴¹ Cf. SILVEIRA, S., *op. cit.*, pp. 234, nota 527.

⁵⁴² “*No hay duda de que el orden natural o tradicional en sentido clásico es universal. Como observó, por ejemplo, Aristóteles, lo que es justo por naturaleza no conoce ni tiempo ni región. La universalidad del orden tradicional viene dada por su naturaleza o, mejor, por la naturaleza de las cosas que expresa. No deriva de un proceso racionalista de universalización. No es un producto que se sobrepone a las cosas; al contrario es un “dato” que se impone a la inteligencia.*” (CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización* cit., p. 815).

trabalho⁵⁴³, impõe suas exigências ao *agir/fazer*, também em âmbito jurídico, no qual a linguagem de leis e decisões atua como instrumento prescritivo para que, em atendimento às exigências objetivas e teleológicas do que *é* (e com isto referimo-nos não às manifestações factuais/empíricas de práticas mercantis, a uma ordem meramente fenomenológica ou a uma “politologia”⁵⁴⁴ sem fundamentação ontológica, mas especialmente ao que são a natureza humana e o bem comum em sua relação com todas as coisas), disponha positivamente o que *deve ser*, a norma de conduta, nada obstante seja sempre possível, suposta a liberdade humana (também a liberdade de humanos legisladores e juízes), ao atuar como causa segunda, eventualmente dispor, para o âmbito jurídico, tanto leis (*lato sensu* entendidas) quanto decisões contrárias à ordem da natureza e ao bem comum⁵⁴⁵, o que desde logo indicia o papel central da prudência legislativa e judicial que não pode ceder sua primazia a técnicas de uma *póiesis* criadora do mundo, de uma ordem ideológica ou cientificista - tome ela a forma de lei ou de uma constituição -, mas que se deve valer da técnica para dispor o justo.⁵⁴⁶ Assim as coisas, mais facilmente percebe-se que – ao contrário do que sustentam construtivismos político-jurídicos (e muito embora a positividade seja condição da segurança jurídica) - não é o que se convencionou positivamente (para algum fim funcional qualquer) o que cria a genuína ordem do direito, pois toda genuína ordem jurídica positivada deve estar disposta segundo os fins da

⁵⁴³ Tema sobre o qual já nos debruçamos na tese “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado. E, mais recentemente, “Ser e Dever: o fundamento objetivo dos ordens moral e jurídica. O Objetivismo moral e jurídico de caráter metafísico” (SERPENTINO, Daniel, 2022), artigo a ser publicado em livro.

⁵⁴⁴ “La politología, por ejemplo, permanece prisionera de una visión del orden como fenomenología y como resultado provisional de un proceso. Excluye la posibilidad misma de la fundación ontológica de la vida asociada. Se declara pagada por la efectividad contingente de un orden impuesto, no se preocupa de su legitimación: el hecho, en efecto, legitima para esta doctrina el derecho.”⁵⁴⁴ (CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización cit.*, p. 813).

⁵⁴⁵ “En ese orden universal, en el que lo jurídico se comunica con lo moral, por arriba, y con lo sociológico y económico, por abajo, todo dentro del orden de la naturaleza de las cosas, las normas de derecho positivo se integran como ‘conclusiones’ dimanantes de la naturaleza de las cosas o ‘determinaciones’ de lo que, conforme éstas, puede ser de uno u otro modo, pero es preciso que se determine (...). Esas ‘concreciones’ y ‘determinaciones’ concretas pueden corresponder a ‘órdenes reglados’ o a ‘órdenes espontáneos’, según se refieran a relaciones que son de derecho necesario -por afectar a la naturaleza humana en lo que le es esencial o exigirlas el bien común- o bien, si se refieren a relaciones de derecho voluntario en lo que atendiendo a las circunstancias concurrentes es relativo y mudable. De ese modo, los órdenes jurídicos se hallan abiertos al orden universal ínsito en la naturaleza de las cosas.”. (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, Nº 2, 2001, págs. 519-546, p. 531).

⁵⁴⁶ “Frente a esta concepción del *ars iuris*, arte anclado, fundamentado en la prudencia y, concretamente, en la *perspicacia* o *juicio equitativo*, «el drama de nuestra época», dice Marcel de Corte, es precisamente «la ruptura de la colaboración entre el arte y la prudencia»: la prudencia ha sido suplantada por la *póiesis* y sus técnicas. Vallet resume el punto diciendo: «La legislación ha sido considerada como una técnica o un arte al servicio de una *póiesis* creadora del modelo, ideológico o cientifista, que se trate de realizar.— Resulta uno más de los medios operativos para construir ese modelo, ya lleve el nombre de constitución o el de ley.» (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, pp. 1092/1093).

justiça e, logo, deve estar ontológica e moralmente conformada. Do contrário, “... *es un orden contrario al orden exigido por la justicia: es, propiamente, un desorden ordenado*”⁵⁴⁷

Daí que a regulação da ordem econômica e do mercado, mediada por leis que orientam a eleição (pela valoração dos supostos de fato) e por decisões que determinam o justo concreto, somente espelha verdadeira ordem enquanto conformada ontológica e moralmente com a ordem de todas as coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*). Só assim à economia e ao mercado pode-se formalmente dar uma regulação subordinada não a uma ordem extraída da fenomenologia de umas supostas “leis naturais do mercado” ou fruto de voluntarismos construtivistas quaisquer, mas uma ordem jurídica conformada moral e ontologicamente, potencialmente cognoscível em seus princípios, dos quais derivam conclusões e determinações (causa formal), uma ordem aplicada por agentes internos ou externos (causa eficiente) a relações de natureza econômica ou a suas consequências e, em particular, a relações mercantis e suas consequências (causa material), uma ordem que - supostas a propriedade privada e justa liberdade de iniciativa, econômica⁵⁴⁸ e de práticas contratuais, usos e costumes - há de balizá-los, contudo, segundo o princípio mais geral, o de justiça, os princípios gerais de direito e os próprios de cada instituto ou ramo jurídicos, segundo a positividade de leis e decisões (sempre deferentes à ordem natural) que, dispondo o justo jurídico abstrata ou concretamente, são guiadas por uma justa hierarquia de bens e orientadas à realização tanto da justiça particular (distributiva e comutativa) como, sobretudo, da justiça geral (cuja pauta é o bem comum). Em consideração, e de modo integrado: à realização da justiça distributiva na produção, alocação de recursos e à regulação da concorrência; à realização da justiça comutativa; e, muito especialmente, à realização da justiça legal ou

⁵⁴⁷ V. CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización cit.*, p. 813.

⁵⁴⁸ “No habiendo coacción en la voluntad y existiendo la información adecuada en las partes acerca del objeto del intercambio, estas partes, al concurrir al mercado, son libres, gozando de la libertad propia del ser humano, que es la de albedrío. Esta libertad toma forma en el acto de elección. No es ésta, sin embargo, la libertad proclamada y defendida por los filósofos y economistas liberales. Lo que éstos proponen es la llamada libertad de mercado, que consiste en la espontaneidad con que las partes concurren buscando exclusivamente el propio beneficio, ausente del todo una obligación de justicia o, simplemente, alguna norma moral aplicada a la conducta económica. Es libre sólo el que prescinde de consideraciones de este tipo, es decir, que no reconoce obligación alguna de orden moral. La libertad así entendida es la que debe regir, según ese pensamiento, no sólo la conducta económica, la cual vendría a ser el modelo universal, sino la misma constitución de la sociedad. Ahora bien, cuando se da categoría de precepto moral a esta libertad de concurrencia al mercado, de hecho se le quita esta categoría a lo que efectivamente la tiene, con el resultado de que esa libertad va a traducirse como el poder de las partes para imponer su propio interés en la relación de compra-venta, sin que importe lo justo o lo injusto de la operación. No es raro que se califique a la justicia como una superstición o un sentimiento que no va más allá de la subjetividad de quien cree en ello. Lo que, para esta concepción ideológica es siempre lo contrario a la libertad, o lo propiamente coactivo, es la norma moral a la cual se quiera reconocer un valor objetivo y universal. No existe, por tanto, para esta concepción, una obligación de conciencia respecto del bien del otro, es decir, no existe un deber de justicia y pretender que exista es distorsionar radicalmente la economía y, en general, la vida en sociedad.” (WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía cit.*, pp. 223/224).

geral⁵⁴⁹, a quem cabe presidir e orientar as justiças distributiva e comutativa. Uma ordem jurídica da economia e do mercado que deve assim perseguir, sobretudo, a “regulação justa e útil para o bem comum”⁵⁵⁰ (causa final), o qual compreende o útil, a técnica, em função do bom, do que decorre uma necessária conformação moral, política e jurídica da economia e das relações mercantis. Uma ordem, portanto, da economia e do mercado (não um mercado livre de regulação, é dizer, não a escolha política por um mercado entregue à regência de suas próprias leis ou a leis que sejam produto de um mero querer) que supõe uma justa liberdade empresarial⁵⁵¹ jurídica e moralmente conformada por uma justa hierarquia de bens e, ao cabo, assentada sobre as bases do bem comum. Essas poderiam ser conjecturadas, muito resumidamente, como as quatro causas do *ser* aplicadas à genuína “ordem jurídica” da economia e do mercado.

VALLET DE GOYTISOLO bem expôs a respeito da conformação moral e jurídica da ordem econômica, a ser equilibradamente disposta em consideração ao princípio de subsidiariedade e em vista do bem comum:

“Es preciso reconocer que existe un orden jurídico natural, que el derecho positivo no puede desconocer y que el Estado debe respetar, bajo pena de ilegitimidad. Y ese respeto debe ser defendido de la única manera posible: de una parte, mediante la convicción de que ese orden natural existe y debe ser inviolable incluso para todos los órganos del Estado; y de otra, mediante un pluralismo jurídico-político, coronado por el Estado bajo el principio de subsidiariedad y formado de abajo a arriba por una escalonada gama de cuerpos intermedios lo más naturales que sea posible. Ha dicho Carnelutti que la función del derecho es someter la economía a la ética. Lo cual debe aceptarse no en un sentido totalitario, sino como integración en un orden que ha de ser determinado bajo la pauta del bien común (...). El jurista no puede ignorar las leyes del orden económico, como tampoco puede olvidar las del orden moral. Debe tener muy en cuenta las consecuencias nefastas a que el intervencionismo económico puede conducir, pero tampoco puede olvidar los resultados inevitables de un hedonismo moral y de un egoísmo desenfrenado en el orden económico, que al desmoralizar al hombre también llevará a desastrosos resultados, pues—como ha dicho Ripert—«la injusticia es también un desorden, desorden intelectual y moral, frecuentemente peor que el otro. Cuando el poder político se manifiesta con leyes que no son ya la expresión del derecho, la sociedad se halla en peligro». «Es la anarquía y no la libertad —dice Pierre de Calan— que se opone a la regla...» Si la libertad decide la opción a favor de una economía libre, con las sanciones características de las realidades económicas—éxito o fracaso, provecho o pérdida e incluso quiebra—, la regla general debe ser la de aceptar estas consecuencias, y la excepción, la

⁵⁴⁹ “... la justicia particular -conmutativa y distributiva- debe ser presidida y orientada por la justicia general, requirente de que el objeto del reparto sea mejor y mayor, función específica de la ciencia económica, pero el derecho debe tender a que ese crecimiento no vaya en detrimento del ser de los hombres, para que éstos no sean peores, sino mejores y para que reine la justicia entre ellos.” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp.576/577).

⁵⁵⁰ Veja-se: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”.* *Introducción a su estudio. Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 34, Nº 4, 1981, págs. 825-902, p. 897.

⁵⁵¹ Veja-se: S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

limitación de éstas en los casos en que así lo imponga el reflejo del orden moral en el orden jurídico. Es lo que impone el principio de subsidiariedad (...). De Calan explica muy bien su aplicación a la vida económica y social, como trazo distintivo de una economía libre: «Desde el momento en que la finalidad de las actividades humanas se sitúa al nivel del hombre (sea esto consecuencia de una vocación sobrenatural) deben situarse lo más próximos posible al hombre los derechos y las responsabilidades. Su transferencia al nivel de colectividades cada vez más vastas, no se justifica sino en la medida en que el hombre en primer lugar, las colectividades primarias en seguida, se muestran incapaces de satisfacer las exigencias del bien común...» «Lo esencial en todos los dominios no radica en que el Estado no intervenga; no es tampoco que, en todo lugar y en todo tiempo, intervenga poco. Consiste en que intervenga subsidiariamente a la actuación primero de las personas, seguidamente de los grupos elementales: familia, empresa, profesión, colectividades locales.»⁵⁵²

Trata-se, enfim, de compreender a ordem (jurídica) do mercado no âmbito de uma ordem econômica que – integrativa das relações mercantis vivas e também, em certa medida, normativas em seus usos e costumes – deve conformar-se, entretanto, moral e juridicamente por um direito que, não se condicionando por umas conjeturadas “leis naturais do mercado” ou por leis que são mero produto da vontade, mas à lei natural, fundamento objetivo de toda normatividade, deve perseguir o bem comum, fim da ordem política, uma normatização cujos fundamento e fim, conquanto objetivos, não dispensam, senão exigem sempre, *hic et nunc*, escolhas e decisões informadas pela prudência⁵⁵³ (e por sua parte principal, a previdência) legislativa e judicial e pelo princípio da subsidiariedade.

⁵⁵² VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968, pp. 419/421.

⁵⁵³ “Saber ordenar es lo propio del saber ‘práctico’, cuyo carácter es ir inserto en la acción voluntaria, dando a ésta sentido y determinación respecto del fin. No consiste en forjar un modelo, tomado de la ciencia teórica para luego imponerlo, a modo de un sello en la cera. El que es apto para ordenar la economía es el hombre prudente, el que sabe juzgar en la práctica acerca de lo conveniente o inconveniente de una conducta, y el que sabe determinar e imperar el orden en la distribución y uso de los bienes externos escasos. Su ciencia es la sabiduría práctica, es la de quien ordena la disposición de esos bienes, según los criterios definidos por las sociedades de las cuales son parte. Es un saber que no es de lo universal, como es el de las ciencias teóricas o especulativas, sino de lo singular y concreto. Finalmente, como ocurre por lo general con todos los saberes prácticos, la inteligencia da un paso más y se propone estudiar ‘lo que es’ la economía y lo económico. Es el saber teórico de la economía, resultado de la reflexión de la inteligencia: con la cual se completa el panorama de la ciencia económica. Puede ser llamada filosofía de la economía, o economía teórica. Es la disciplina teórica cuyo objeto es la verdad de la economía y de lo económico. El conocimiento teórico es lo propio de las ciencias especulativas, que tienen presente su objeto al modo de un espejo –‘speculum’– e investigan cerca de ‘lo que es’ una realidad. La economía teórica es el saber acerca de la naturaleza de la economía, haciendo abstracción de lo accidental y contingente. Conoce los principios y causas de la economía, su relación con la ética y con otras disciplinas teóricas. Son tres, por tanto, las disciplinas vinculadas directamente con la economía. En primer lugar, la ciencia práctica, que es parte esencial de la conducta económica, a la cual da forma. En segundo término, se entiende por ciencia económica, lo que se conoce como filosofía de la economía o teoría económica, es decir, el estudio de las razones universales –principios y causas– implicadas en ella. Tercero, es lo que en la escuela llamada clásica o liberal se entiende por ciencia de la economía: es el estudio del fenómeno económico en cuanto tal. Hay que tener en cuenta que este estudio del fenómeno y sus leyes o constantes sólo accidentalmente puede ser llamado economía, pues trata de categorías ajenas a lo propiamente económico, como lo son los modelos y fórmulas matemáticos.” (WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 213-226, pp. 225/226).

Assim as coisas, não é da previsibilidade e da calculabilidade que se extrai a razão da ordem jurídica da economia e do mercado. Previsibilidade e calculabilidade, conquanto importantes, não são o princípio ordenador da (ou o fim último ao qual deve ordenar-se a) ordem jurídica da economia e do mercado, ordem esta que deve dispor-se, de modo outro, segundo o princípio da justiça, abrangendo uma segurança/certeza jurídica que exige, na medida do possível, a consideração da previsibilidade e calculabilidade, também no âmbito econômico empresarial. Essa é a relação de causalidade a ser observada e que não pode ser deturpada ou invertida para equiparar o que de fato deva ser uma verdadeira “ordem” (jurídico-normativa justa) da economia e do mercado - regida pelo princípio da justiça (em especial pela justiça legal ou geral, cuja pauta é a do bem comum) - a uma qualquer “ordem”, como aquela disposta meramente por um princípio consistente em estar o mercado embasado em comportamentos previsíveis e calculáveis, pois não pode haver verdadeiras justiça e segurança (e uma ordem tanto quanto possível segura e justa) na estabilidade e previsibilidade do injusto, mas apenas se observado o condicionamento ético e metafísico de toda normatividade (e, logo, da jurídica), com vistas à consecução do bem comum e do bem real humano.⁵⁵⁴

Enfim, uma ordem da economia e do mercado que, supondo prudenciais escolhas políticas guiadas por critérios ontologicamente objetivos, há de ser moral e juridicamente regulada com observância da fundamentação objetiva de toda normatividade para assim, tanto quanto possível, promover o bem/fim real do ser humano - com o atendimento integral e ordenado de suas necessidades – e o fim/bem comum da comunidade política.

II.3 - A REGULAÇÃO DO PODER ECONÔMICO-EMPRESARIAL E A CONSECUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

⁵⁵⁴ “El orden universal racionalista postula siempre la ‘reductio ad unum’, sea la del viejo Estado moderno, sea la que se dice impuesta por el mercado, sea la del llamado nuevo orden mundial. El orden universal racionalista no admite ni la pluralidad ni la autonomía: su vocación es uniformizadora y, por eso, virtualmente totalitaria. Esto no es propio sólo de las formas claramente orientadas a imponer a los ciudadanos pensar y querer como piensa y como quiere el Estado o las realidades supranacionales, sino también de las diversas formas de republicanismo que, en última instancia, imponen pensar y querer por normas. Entre el orden natural (clásico) y el orden racionalista hay, pues, una radical diferencia también en lo que respecta a la universalidad: el primero es universal porque está fundado sobre la naturaleza común, mientras que el segundo lo es porque se impone por la voluntad dominante (esto es, por el soberano de turno) a las cosas. Más aún: el primero admite la diversidad en el respeto de lo que es común, el segundo reclama la unicidad y el conformismo absoluto”. (CASTELLANO, Danilo. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización cit.*, p. 815).

VALLET DE GOYTISOLO, realçando como moral, direito e economia se relacionam e servem ao fim da ordem política⁵⁵⁵ - o bem comum -, recordará que este compreende, primeiramente, todo o bom, e, após, o útil, o qual depende, para sua determinação, da ajuda da economia⁵⁵⁶, sendo necessário afastar a má compreensão que se tem de um conflito entre justiça e eficácia/eficiência, recordando que a justiça particular - comutativa e distributiva – deve ser presidida e orientada pelo direito com vistas à justiça geral, que se valerá da economia a fim de que o bem a ser repartido seja maior e melhor⁵⁵⁷, o que fará observando as balizas do direito para que não sejam aviltados o ser humano em suas relações e a justiça.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ A política se serve das demais ciências práticas, legisla o que se deve fazer, e seu fim e objeto próprio, o bem comum, maior dos bens temporais, compreende os fins das demais ciências práticas, razão pela qual a política, pela superioridade de seu fim, é subordinante de todas as demais ciências práticas que se dirijam a conhecer fins inferiores e particulares (tal a economia e o direito). Veja-se, neste sentido: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El conocimiento practico cit.*, p. 199. Veja-se, ademais, CASTELLANO: “*Quien comparte la observación de Aristóteles y su consiguiente definición de la política según la cual es arte arquitectónica, no puede sorprenderse de la subordinación del derecho a la política. No en el sentido de que este último sea intrínsecamente ideológico y dependa por lo mismo de una opción arbitraria de quien tiene el poder, sino en el sentido de que el derecho es «usado», para ser usado correctamente, con y subordinadamente al criterio del bien común. La política, en efecto, siendo ciencia (ética) y arte de este bien, goza de la primacía también sobre el derecho; no sobre su naturaleza (pues la justicia no es creada por el poder, que ni siquiera constituye la esencia de la política), sino sobre su aplicación equitativa. Bajo este ángulo el derecho es instrumental respecto del bien común que, al ser el bien de todo hombre en cuanto hombre y porque hombre, y por eso común a todos los hombres, no depende de puntos de vista particulares, de perspectivas o asunciones, ni siquiera de las que se ponen como fundamento del ordenamiento jurídico positivo y que con frecuencia se llaman principios generales.*” (CASTELLANO, Danilo. *La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la constitución escrita: ¿Hermenéutica o ejercicio de un poder político?* Verbo, núm. 503-504 (2012), 287-306, p. 301).

⁵⁵⁶ “*La finalidad del derecho es la justicia y la determinación de ésta debe atender, con las tres pautas antes indicadas [comutativa, distributiva e legal ou geral], a todos los datos que suministra de la naturaleza de las cosas en su más amplio sentido que abarca al hombre, a sus relaciones de toda clase y a las sociedades de que forma parte. Por lo demás, el bien común comprende todo lo bueno, en primer lugar, y, seguidamente, lo que es útil, lo cual no es posible determinarlo sin la ayuda de la economía. Y el ámbito del bien moral incluye todo cuanto contribuye a la perfección de los hombres, a su fortaleza, su templanza, su prudencia y su justicia; y la justicia general requiere el equilibrado orden de aquellas cuatro virtudes, y contempla todas las relaciones sociales entre las que se hallan la ecología, la política y la economía. Por eso, muchas veces, ocurre que el conflicto entre derecho y economía, es mal entendido como dilema entre justicia y efectividad o eficacia, porque se contempla con una visión estrecha y de corto alcance.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, p. 565).

⁵⁵⁷ Bens externos à pessoa, que são bens em razão de sua utilidade e, materiais, são limitados e excludentes em sua posse e desfrute (em geral, escassos). Segundo sua natureza, ordenam-se a bem maiores, internos e imateriais, como as virtudes (Veja-se, neste sentido: WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía cit.*, pp. 213/214). Diz o autor: “*La economía, u orden aplicado a la distribución y al uso de los bienes externos escasos, es propia de toda sociedad: es decir, que en toda sociedad, y como parte de su vida propia, existe la dependencia mutua de sus miembros en cuanto al uso de los bienes externos escasos. Éstos son necesarios para la vida humana, por lo cual, y en relación con su escasez, es menester que su uso sea ordenado, es decir, adecuadamente distribuido. Esta distribución se realiza, en cada sociedad según pautas específicas que estén de acuerdo con la naturaleza de esa sociedad, con su índole propia y sus fines. El orden aplicado al uso de los bienes externos escasos, a su distribución y consumo, no se produce en los hombres de manera espontánea.*” (*Ibidem*, pp. 214/215).

⁵⁵⁸ “*Pero, repito, que en la comunicación iluminadora entre las mentes humanas y la naturaleza de las cosas divinas humanas, producida en un ir y venir enriquecedor del saber, la perspectiva que el derecho debe tener ha*

Diante da ameaça - ao bem comum e ao destino das nações e dos indivíduos – substanciada pelo poder econômico-tecnocrático, pela prevalência dos interesses das empresas multinacionais e das transnacionais, do sistema financeiro e de uma elite financeira, não se pode olvidar a advertência de GALVÃO DE SOUSA realizada ainda no século passado e que continua atual:

*“Al predominio de las viejas oligarquias, del caudillismo y del militarismo - suscitadores de paraconstituciones y contraconstituciones- estamos viendo sucederle la democracia dirigida por los medios de comunicación de masas e instrumentos de propaganda, condicionadores de la opinión pública; medios que, a su vez, son siempre dependientes de las fuerzas económicas que los sustentan. (...) El poder del dinero continúa prevaleciendo cada vez con más fuerza, las naciones obedecen a una sinarquía económica internacional, y las fuerzas políticas internas se inclinan a los intereses de las multinacionales”.*⁵⁵⁹

Também VALLET DE GOYTISOLO há tempos advertira sobre os riscos do neodirigismo tecnocrático:

*“Si hoy se produce, indudablemente, una clara convergencia entre el neosocialismo y el neocapitalismo, en cuanto ambos preconizan el dirigismo estatal, hacia esa convergencia empuja, sin duda, la llamada revolución de los directores y de los tecnócratas, cada vez más poderosos, unos en las grandes empresas privadas y otros en los organismos del Estado. Los hechos muestran un creciente avance de esa fórmula. El Estado interviene cada vez más en la vida económica, pero no al nivel de las empresas, sino al más elevado de la economía. No pretende confiscar el capital, sino limitar su poder, encauzarlo según los planes establecidos por sus técnicos. Se restringe de ese modo, cada vez más, la libertad de decisión de los responsables de la economía privada..., a no ser que éstos usen del Estado en su propio interés...; o bien se produce una, más o menos secreta, convergencia de los técnicos directores de las grandes empresas y los que trazan las directrices estatales.”*⁵⁶⁰

S. JOÃO PAULO II, atento a estes problemas, os quais se fazem profundamente sentidos em algumas nações, mas que, em certa medida, atingem a todas elas, apontou que “... sectores decisivos da economia permanecem ainda nas mãos de grandes empresas estrangeiras, que recusam ligar-se estavelmente ao progresso do País que as acolhe, e a própria vida política é controlada por forças estrangeiras...”.⁵⁶¹

de ser general, aunque contemplada bajo la perspectiva de la justicia, con la finalidad de guiar el suum quique tribuere como ha destacado muy bien Michel Villey. En ésta la justicia particular -conmutativa y distributiva- debe ser presidida y orientada por la justicia general, requirente de que el objeto del reparto sea mejor y mayor, función específica de la ciencia económica, pero el derecho debe tender a que ese crecimiento no vaya en detrimento del ser de los hombres, para que éstos no sean peores, sino mejores y para que reine la justicia entre ellos.” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp.576/577).

⁵⁵⁹ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Poder, Estado y Constitución. Hacia un derecho político realista. Prudentia iuris. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 98/99.*

⁵⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968, p. 408).*

⁵⁶¹ S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

Similarmente, AYUSO⁵⁶² dirige sua crítica ao “imperialismo economicista” e suas consequências sobre a vida humana, sobre a cultura, sobre a política - que é (e assim deve ser) arte arquitetônica de toda atividade prática – e sobre a sociedade.

Consequências que também se fazem sentir sobre a educação⁵⁶³, ao exigir-se uma “escola como produtora de funcionários”⁵⁶⁴, fazendo surgir o fenômeno da “economização da educação”.⁵⁶⁵ Uma “educação como ferramenta econômica” para transmissão de habilidades técnicas e interpessoais - “consideradas a nova moeda da economia global”⁵⁶⁶ e, por isso, a base dos novos currículos - mediante uma “teoria do capital humano”⁵⁶⁷ a ser estimulada e

⁵⁶² V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 27-49. BUSTAMANTE também destaca “... el riesgo de que el gobierno del mundo quede en manos de los expertos de la economía que instrumentalicen el Derecho para concebir una nueva explotación del ser humano, cuando lo normal y lo humano es que el ordenamiento jurídico, inspirado en la moral, controle y encauce la economía al servicio del fin del hombre.” (BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. *Derecho y economía. Necesidad de un retorno a la filosofía del hombre*. Verbo. Número 203-204: Serie XXI, 1982, p. 321).

⁵⁶³ V. SPRING, Joel. Como as corporações globais querem usar as escolas para moldar o homem para o mercado. Tradução de Ana Júlia Galvan – Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 231/236. Cito: “Suscitadas pelos medos causados pela Guerra Fria e pela destruição da Segunda Guerra, formaram-se as organizações mundiais e foram desenvolvidas teorias econômicas que levaram a uma cultura mundial de educação pautada pelas necessidades das empresas globais. Nascidas na Escola de Chicago, as teorias do capital humano e da escolha racional lançaram as bases que seriam utilizadas para a economização da educação, fazendo de seu objetivo primeiro a instrução de trabalhadores para uma economia global. ‘Vá à escola para conquistar as habilidades que lhe garantirão um emprego’ tornou-se a palavra de ordem dos políticos, empresários e educadores.” (*Ibidem*, p. 231).

⁵⁶⁵ “Reunindo interesses empresariais e pesquisa, o Banco Mundial reduziu o conhecimento à economia com a criação do *Knowledge Bank* (Banco de Conhecimento). A partir de então, o crescimento econômico foi visto como uma função da produção de conhecimento. O valor do conhecimento deveria ser aferido em termos econômicos, o que resultaria em uma ênfase maior na educação que contribuísse com os avanços tecnológicos. Em faculdades, as ciências humanas decaíram ao passo que o dinheiro e os estudantes migraram para matemática, ciências e engenharias, cursos considerados importantes para o desenvolvimento econômico. O conhecimento transmitido aos estudantes era o supostamente necessário para o crescimento econômico, e as ideias que pudessem resultar em mais justiça social e econômica não eram enfatizadas. A confluência entre interesses econômicos e políticas educacionais foi reforçada com a fundação do Fórum Econômico Mundial, que surgiu para representar as corporações líderes mundiais. Sua estratégia de parcerias multilaterais garantiu que as empresas dominassem as políticas escolares locais, ao traçar uma relação entre empresas, educadores e governos. Fazendo do conhecimento uma função dos interesses empresariais, particularmente no crescente setor de tecnologia, a organização promoveu o uso de TIC em escolas globais. A parceria multilateral do Fórum Econômico Mundial ajudou a reforçar o mantra de que a educação pode causar o crescimento econômico e reduzir a desigualdade de renda. Este ponto específico foi alcançado pela criação do *Relatório do capital humano* e do Índice de Capital Humano, ambos do fórum. O Índice de Capital Humano juntou-se ao PISA, da OCDE, para aperfeiçoar a Olimpíada mundial, que buscava determinar qual país teria a melhor mão-de-obra. Esta competição servia para enriquecer as corporações globais, suprindo-as com trabalhadores dotados das habilidades técnicas e interpessoais ‘certas’. Além disso, o Fórum Econômico Mundial introduziu a ideia de educação empreendedora como fonte de crescimento econômico e de redução de pobreza.” (*Ibidem*, p. 234).

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁶⁷ “... desde el momento en que se le denomina «capital humano», es decir, se instrumentaliza el ser humano como un mecanismo más de producción, cuyo potencial simplemente había sido minusvalorado por el capitalismo incipiente del siglo XIX.” (MIGUEL, Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana*. Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464, p. 449). Aduz SPRING: “...a teoria do capital humano ofereceu às empresas uma oportunidade de exigir que escolas ensinassem hábitos de trabalho e zelo desejados por corporações globais”. (SPRING, Joel. Como as corporações globais querem usar as escolas para moldar o homem para o mercado *cit.*, p. 232). Ainda: “Parte importante da tradição da Escola de Chicago - conforme o que se pode

uniformemente imposta por meio de sistemas de avaliação e testes como o PISA e empréstimos vinculados a certas políticas educacionais, aprofundando-se o apartamento da educação de seu verdadeiro fim.⁵⁶⁸

Enfim, um “imperialismo economicista” que implica consequências sobre a vida humana em geral. Um imperialismo global das finanças que, lembra o professor espanhol, acaba por dirigir não somente as decisões internas das nações, mas também suas relações internacionais, submetendo passo a passo o político ao econômico. AYUSO afirma:

*“El problema que acarrea la banca internacional y la tendencia a universalizar criterios monetarios o las dificultades que nacen de los préstamos transnacionales y del empobrecimiento subsiguiente. Todo esto ha puesto sobre la mesa de los tecnócratas de nuestros días la idea de un gobierno económico mundial.”*⁵⁶⁹

Paradoxalmente – como também aponta AYUSO - a ciência e o discurso econômicos fecham-se em um universo que se pretende autossuficiente e autolegitimado desde seus próprios componentes, operando por meio de propostas de “ciência econômica” que representam, ao cabo, um corte na estrutura da realidade e das causas que operam na economia:

“La realidad económica y las disciplinas que las estudian se mueven entre dos tendencias opuestas. El ‘imperialismo’ economicista, por una parte, invade todos los aspectos de la vida humana, absorbiendo la política, dominando la cultura y dirigiendo las relaciones internacionales. No se piense que esta línea corresponde

atestar nas obras de Friedman, Schultz, Becker e Heckman – é o fato de que tal grupo considera a escolarização como um investimento em capital humano. Para os propósitos deste livro, usaremos a definição de capital humano encontrada no *Manual de capital humano de Oxford*: ‘o conhecimento e as habilidades que permitem às pessoas produzir trabalho que cria valor econômico’. O conceito de capital humano pode ser remontado até a obra *A Riqueza das Nações* (1776), quando Adam Smith descreveu o talento de um indivíduo como ‘um capital fixo e como que encarnado na sua pessoa’. Depois da Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria entre a União Soviética e os Estados Unidos colocou em evidência o conceito de capital humano. Quase imediatamente após a Segunda Guerra, os formuladores de políticas públicas dos Estados Unidos passaram a preocupar-se com os recursos necessários em matéria de conhecimento para vencerem a corrida tecnológico-armamentista contra a União Soviética. Isso resultou na criação, em 1950, da Fundação Nacional de Ciência, que tinha como intuito patrocinar a pesquisa em ciência e assegurar o suprimento de cientistas, engenheiros e matemáticos (...). Em seu livro do ano de 1964 a respeito do capital humano, Gary Becker afirmou que o crescimento econômico dependia agora de conhecimento, informação, ideias, habilidades e qualidade da força de trabalho. Investimentos em educação, argumentou o economista, poderiam melhorar o capital humano, o que contribuiria para o crescimento econômico. Os argumentos para o capital humano contribuíram para a ideia da educação como atividade primariamente econômica. O conhecimento e as habilidades desenvolvidas na escola eram cruciais para que fossem utilizadas na atividade econômica. (...) Este raciocínio resultou no apelo para que a escola transmitisse aos alunos o conhecimento e as habilidades que aumentassem o crescimento econômico e a produtividade. Desde a perspectiva do custo-benefício, os benefícios dos investimentos em educação compensam os custos do crescimento salarial individual pela produtividade e crescimento econômico. As empresas globais e as organizações que representam seus interesses apoiam a abordagem do capital humano à educação porque, como será explicado mais detalhadamente ao longo desta obra, tal abordagem enfatiza o ensino de competências necessárias no ambiente de trabalho. Neste contexto, os objetivos do capital humano para a educação se sobrepõem aos outros objetivos educacionais, tais como a justiça social, as melhorias ambientais, a participação política e a consciência cidadã.” (*Ibidem*, pp. 17/21).

⁵⁶⁸ Sobre a concepção precisa do verdadeiro fim da educação, confira-se: ROSA, Antonio Donato P.. A Educação segundo a Filosofia Perene. Síntese sobre a Educação Humana. Ed. cristianismo.org.

⁵⁶⁹ V. AYUSO, Miguel. *Presentación. In Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021, p. 15.*

solo al marxismo, pues se aplica igualmente a las formas contemporáneas de liberalismo. Pero, al mismo tiempo, la economía real y las ciencias económicas tienden a constituir un universo autosuficiente, hablándose de 'mundo de la economía' como un todo susceptible de ser explicado solo por sus componentes. Doble movimiento que plantea una seria cuestión epistemológica, pues partes enteras de la vida social caen bajo la dominación del poder de las finanzas, al tiempo que las disciplinas económicas -reducidas a los determinismos internos del Estado o, sobre todo, del dinero- se convierten en incapaces de hacerse cargo de la totalidad de las causas que actúan en el seno de la economía".⁵⁷⁰

SOLER recorda a leitura de VALLET DE GOYTISOLO no sentido de que, "... en el mundo económico-político, los economicismos, apoyados por las multinacionales de tipo económico o político, impulsan que desemboquen en concepciones tecnocráticas".⁵⁷¹

Na presente quadra histórica, conforme se tem apontado, o poder econômico manifesta-se especialmente por meio do financismo⁵⁷² e está a conduzir - em lugar de a uma economia política⁵⁷³ (e a uma sua regulação) deferente à natureza das coisas, ao fim do ser

⁵⁷⁰ V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 27-49, pp. 47/48. Mas fica a advertência do autor: "Y es que, desde un punto de vista empírico, resulta imposible la tarea de levantar un poder político mundial, contrario a la naturaleza de las cosas y en el fondo utópico. Piénsese en cómo, pese a la extensión a escala mundial de algunas de las organizaciones internacionales, no se ha llegado a alterar el carácter descentralizado, esto es, sin una autoridad central, de la comunidad internacional, que sigue fundada en la existencia independiente de comunidades políticas autárquicas (en el sentido de la autárquia aristotélica) o perfectas. Pero es que, en un nivel más profundo, era inevitable esa constatación fáctica a causa de la inexistencia de una comunidad moral previa que pudiera servir de fundamento a un derecho verdaderamente supranacional surgido de un auténtico gobierno mundial. Esa comunidad moral, como fue la de la Cristiandad, fue disuelta por un proceso desintegrador de varios siglos y hoy ha quedado reducida a retazos insuficientes para constituir una verdadera comunidad: una paz que no es sino 'pacifismo' y una economía que no es sino 'crematística'. La indefensión ante el terrorismo, visto como fenómeno criminal y no bélico, y el propósito de dominio mundial en beneficio de grupos encubiertos que se advierte debajo de las organizaciones internacionales, no son sino manifestaciones de esa imposibilidad en el terreno de los hechos. No es, pues, simplemente algo imposible, sino (planteado sobre las bases en que hoy se asienta la política mundial) también ilegítimo." (AYUSO, Miguel. *Las aporías de la «autoridad política mundial»*. Verbo, núm. 563-564 (2018), 251-255, p. 254).

⁵⁷¹ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1073.

⁵⁷² V. SILVEIRA, Sidney. *Economia e moral: é a usura lícita?* In *Cosmogonia da Desordem: Exegese do declínio espiritual do Ocidente*. 1ª Ed. Edições C.I. Rio de Janeiro: 2018, pp. 369/374.

⁵⁷³ V. as cartas encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. Disponíveis em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html; https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Da última, de autoria do Papa Pio XI, extrai-se: "Conheceis, veneráveis Irmãos e amados Filhos, e sabeis perfeitamente a admirável doutrina, que tornou a encíclica « *Rerum novarum* » digna de eterna memória. Nela o bom Pastor, condoído ao ver « a miserável e desgraçada condição, em que injustamente viviam » tão grande parte dos homens, tomou animoso a defesa dos operários, que « as condições do tempo tinham entregado e abandonado indefesos à crueldade de patrões desumanos e à cobiça de uma concorrência desenfreada ». Não pediu auxílio nem ao liberalismo nem ao socialismo, pois que o primeiro se tinha mostrado de todo incapaz de resolver convenientemente a questão social, e o segundo propunha um remédio muito pior que o mal, que lançaria a sociedade em perigos mais funestos. (...) Quanto à autoridade civil, Leão XIII, ultrapassando com audácia os confins impostos pelo liberalismo, ensina impertérrito, que ela não deve limitar-se a tutelar os direitos e a ordem pública, mas antes fazer o possível « para que as leis e instituições sejam tais... », que da própria organização do Estado dimanam espontaneamente a prosperidade da nação e dos indivíduos ». Deve sim deixar-se tanto aos particulares como às famílias a justa liberdade de acção, mas contanto que se salve o bem comum e não se faça injúria a ninguém.".

humano e ao bem comum em sua correta acepção - a uma “economia política do endividamento”.

Sem descurar de que o caráter intrinsecamente usurário⁵⁷⁴ da economia moderna constitui seu problema de primeira ordem e que pode e deve ser enfrentado ontologicamente desde suas causas material e formal, destacando-se no processo as questões filosóficas, morais e de justiça, o financismo⁵⁷⁵ merece e recebe abordagens desde outros ângulos, tal o sociológico, vertente pela qual se explora algo sobre seus agentes, seus modos de ação e seus objetivos, assim suas causas eficiente e final. Neste último sentido, IZQUIERDO oferece uma instigante abordagem e assevera:

“... la teoría financiera que rige hoy gran parte de la actividad económica es en cierto modo, y considerada desde la perspectiva del rol que juega en el orden social, análoga al arte de la adivinación que ejercían los arúspices y augures de la vieja Roma. Su función es la de justificar y confirmar una estructura de poder social (...). ... la teoría financiera comparte con otras doctrinas de corte liberal la naturaleza de un sistema de creencias basado en la voluntad de creer más que en una justificación racional.”⁵⁷⁶,

supondo – tal como outras teorias liberais – que

“...lo que sostiene a estas doctrinas no es -ni probablemente ha sido nunca- su fundamento ‘in re’, sino un acto originario de voluntad política que las propone como dadas, un acto que se basa, a su vez, en un salto de fe no susceptible de refutación dialéctica o empírica”⁵⁷⁷.

O autor, em sua análise, destaca esse caráter “fideísta” do “liberalismo econômico” e de suas teorias⁵⁷⁸ (poderíamos também apontar: de um liberalismo político e econômico não objetivamente fundamentado e apartado de exigências morais concernentes a toda atividade prática [que devem encontrar, segundo a tradição filosófica aristotélico-tomista, fundamento no *ser*, i.e., *in re*]), em especial em sua vertente financeira que, na realidade, reprovavam em provas empíricas/factuais, e aponta, especificadamente, a pretensão de uma certeza preditiva quanto

⁵⁷⁴ V. WIDOW, Juan Antonio. *La ética económica y la usura. Anales de la Fundación Elías de Tejada (Madrid)*, n. 10 (2004), pp. 15/45.

⁵⁷⁵ Para uma aprofundada abordagem, confira-se: MIGUEL, Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana*. Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464.

⁵⁷⁶ V. IZQUIERDO, Pedro José. *La Finanzialización como problema sociológico*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 175-195, p. 176.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 178.

⁵⁷⁸ Para uma contundente crítica do “libertarismo”, confira-se: AROCHA, Alejandro. *El libertarismo: su teoría del derecho y sus dificultades*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 291-339. Segundo o autor: “El libertarismo es fundamentalmente una filosofía jurídica y política (realmente, anti-política) que se presenta como un «aggiornamento» respecto del liberalismo clásico, en el sentido de que lleva a sus últimas consecuencias una común «ética de la propiedad privada esencialmente lockeana». Concretamente, se rescata del liberalismo clásico el postulado de la jerarquía máxima del derecho de propiedad, para derivar de ello sus supuestos corolarios, esto es, aquellos que se deducirían, al modo racionalista, de la propiedad de sí mismo o autopropiedad (posesión del propio cuerpo, la apropiación originaria de los recursos naturales, el libre intercambio, etc.).” (p. 291).

ao futuro de modelos que, aplicados para precificar de modo real instrumentos financeiros/ações, revelam-se falhos⁵⁷⁹.

Interessa notar – com IZQUIERDO⁵⁸⁰ - o fato de que

“... los principales accionistas de la mayoría de las principales empresas en Europa y Norteamérica invierten a través de una profusión de estructuras de inversión manejadas por especialistas en la moderna teoría oscurantista de las finanzas”.

IZQUIERDO afirmará que, “[s]ociológicamente, el efecto neto de esta dispersión y tecnificación de los mecanismos de inversión, del capitalismo financiero, es que se diluye la propia identidad del capitalista”. O autor, citando ERIXON e WEIGEL, concluirá que “[c]uando la identidad del dueño es desconocida, es igualmente imposible saber qué es que los dueños quieren”.

Ainda que não seja propriamente impossível saber o que querem os que de fato detém o controle sobre o capital financeiro – embora isto nem sempre seja fácil –, de suas operações pode-se compreender algo. Nesse passo, dois pontos aqui merecem destaque: o primeiro deles – também mencionado por IZQUIERDO e ligado à ascensão do poder tecnocrático – relativo à constatação da emergência de uma classe de agentes (“*La elite gerencial*”), seu perfil e seus modos de ação; o segundo, o da ascensão da figura do supercapitalista/metacapitalista, sob cujo guarda-chuva (e de suas inúmeras fundações e institutos) atua a elite gerencial, fagocitando, no processo, grande parte da estrutura dos Estados e dos organismos internacionais. IZQUIERDO⁵⁸¹ apontará a influência que a “elite gerencial” - na esteira do financismo -

⁵⁷⁹ Sobre a tentativa mal sucedida de solver a questão, aponta IZQUIERDO: “*La solución propuesta por los teóricos de las finanzas a estos problemas ha sido en muchos casos eliminar el problema de la incertidumbre creando instrumentos financieros cada vez más abstractos -instrumentos financieros hechos de combinaciones complejas de otros instrumentos financieros, a su vez compuestos de otros instrumentos, y así potencialmente ad infinitum-, cuyos componentes y estructura estarían bajo el control de sus diseñadores, quienes los crearían con el propósito de morigerar la volatilidad y el riesgo. Sin embargo, como se vio en la crisis del año 2008, esta estrategia no puede -ni podría- eliminar el riesgo futuro; al contrario, puede exacerbarlo.*” (IZQUIERDO, Pedro José. *La Financiarización como problema sociológico cit.*, p. 182).

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 186. Acrescenta o autor: “*Los economistas ERIXON E WEIGEL ponen el ejemplo de The Vanguard Group, un administrador de fondos de inversión norteamericano a través del cual financistas y managers de Harvard y Stamford invierten y manejan el dinero de sus clientes en una gran diversidad de mercados e instrumentos financieros (...). Al 31 de enero de 2020, Vanguard -uno de los administradores de fondos más grandes del mundo- maneja aproximadamente 6,2 billones de dólares (i.e., millones de millones, ‘trillions’ en inglés) de sus clientes a través de más de 400 distintos fondos alrededor del mundo. El poder de inversión que Vanguard canaliza a través de estos instrumentos es inmenso. Por ejemplo, sus fondos e instrumentos de inversión son, conjuntamente, el mayor accionista de la corporación General Electric, y en su conjunto poseen casi el 7 por 100 de las acciones de mercado que cotizan en la Bolsa de Nueva York. Los propietarios de esas acciones son las más de veinte millones de personas y entidades que han adquirido participaciones en los fondos de Vanguard. Muchos de ellos no son siquiera inversionistas directos, sino beneficiarios de planes de inversión, ahorro o jubilación que a su vez invierten, entre otras cosas, en fondos de Vanguard.*” (*Ibidem*, pp. 185/186).

⁵⁸¹ IZQUIERDO, Pedro José. *La Financiarización como problema sociológico cit.*, pp. 191/195.

projetará não apenas sobre o âmbito econômico, mas, principalmente, sobre o político, afirmando o caráter tecnocrático⁵⁸² de que também se revestem os governos no século XXI.

Desde um olhar filosófico, remontando a crise geral das ideias ao nominalismo, na intersecção entre política e ciência recorda AYUSO - com VALLET DE GOYTISOLO - o pano de fundo das revoluções de visão cosmológica, gnosiológica e científica que permitiram a ascensão do controle político-econômico-tecnocrático por meio da orientação operativa da ciência – e também da ciência política - para um intuito de dominação, modificando ou unificando o mundo por meio de um processo que não poderia prescindir das revoluções mencionadas, com a depreciação metafísica da noção de ordem e de seus princípios (e logo, das causas formal e final), dando lugar – com o empirismo - à observação das coisas apenas singularmente consideradas ou a (alguns) de seus fenômenos quantitativos (apenas aqueles observáveis e mensuráveis empiricamente), tudo para fins utilitários ou operativos, negando-se a fundamentação objetiva de aspectos qualitativos, como são o justo e o belo (porquanto não empiricamente mensuráveis).⁵⁸³

BUSTAMANTE recorda como concepções liberais e marxistas sobre leis naturais do mercado (insubordinadas ética e metafisicamente) suportam tendências liberais e coletivistas:

“J. D. Say, seguido por la inmensa mayoría de los economistas, asigna como materia a la economía «el conocimiento de las leyes naturales y constantes sin las cuales las sociedades humanas no podrían subsistir». Para Stuart Mill la condición económica es un resultado del estado de los conocimientos físicos, con lo cual las leyes económicas se imponen soberanamente, siendo dotadas de un poder continuo e inflexible, que lleva a invadir todos los fenómenos propiamente humanos, en los que la intervención de la voluntad del hombre no actúa para nada y si lo hace es a título de elemento perturbador, quedando reducido a espíritu a la superestructura de la infraestructura económica. Es notorio que este monismo latente de la economía liberal se desarrollaría plenamente en el monismo totalitario del marxismo, desde el

⁵⁸² “Toda a questão dos técnicos em face da política está exatamente em levar na devida conta a missão insubstituível do político, do estadista, do prudente que deve governar os homens e, por outro lado, as funções igualmente indispensáveis do técnico para administrar as coisas. O técnico deve fornecer àquele a quem cabe exercer a prudência governativa os elementos de assessoramento, quer na apresentação de dados esclarecedores, quer na elaboração e na execução de planos administrativos. Quando a ‘administração das coisas’ prevalece sobre o ‘governo dos homens’, há uma inversão de valores. E daí resulta a tecnocracia. (...) Governar sob o prisma meramente técnico é reduzir os homens a coisas. Servir-se da técnica para o bem do homem é subordinar os engenhos e a organização ao bem comum entendido à maneira de um fim não válido em si mesmo, mas ordenado ao destino transcendente do homem.” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. O Estado tecnocrático. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 124).

⁵⁸³ V. AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29. Cito, do texto: “El mundo y, con él, la organización social son considerados como mera materia para una praxis con la que se tratan de realizar los modelos a priori que la razón teórica dicta [...]. La operatividad precisa para todo esto, se procura mediante los conocimientos experimentales que, por los métodos de las ciencias físicas, nos permiten alcanzar y perfeccionar, cada vez más, las técnicas de dominación, mediante las cuales aquélla se desarrolla y progresa en sentido utilitario”.*

momento que sostiene que las actividades espirituales del hombre no son más que la proyección de sus actos materiales. Esta ambigüedad fundamental de la noción de «ley natural» en la economía ha dado lugar a que sobre ella se edificasen los dos sistemas antagónicos de liberalismo y colectivismo. (...) dos direcciones son posibles: la del «dejar pasar, dejar hacer ('laisser passer, laisser faire')», de tipo liberal, que impide a los gobernantes perturbar el orden espontáneo, ya que la economía tiene sus propias leyes que rigen con autonomía su mundo. Dentro de tales leyes, el hombre se incluye en el sector del capital, como un bien productivo. La fuerza humana es una mercancía que, como las demás, se negocia en el mercado de trabajo y tiene su precio conforme a las circunstancias y a las oscilaciones. No se produce sino para vender, para conseguir una ganancia monetaria. En el proceso de la producción, así como en el circuito de los intercambios, el hombre es un mero instrumento, un objeto. (...) Y, por otro lado, este enaltecimiento de las «leyes naturales», con vida independiente de la ley moral, nos ha conducido a la economía colectivizada que opera como realidad puramente política sometida por entero al Estado, quien ha despojado al individuo de su libertad e independencia tanto en la vida privada como en la pública. Esta posición materialista desconoce la dignidad humana y que, por ende, el hombre tiene un fin último que cumplir. Para la realización plena de la doctrina marxista se ha creído más conveniente abolir la «propiedad privada» sobre los medios de producción con el objeto de restaurar, según Marx, «el hombre a sí mismo en cuanto hombre social», tendiéndose de este modo a alcanzar un 'naturalismo acabado' que coincida con el humanismo eliminado la querrela entre el hombre y la naturaleza y entre hombre y el hombre. Así ha prevalecido el juego de la infraestructura económica y las demás superestructuras, entre ellas el Derecho, que están sometidas absolutamente a aquélla y que contempla al hombre dominado por la 'ley del determinismo'»⁵⁸⁴

Como bem afirma DE CORTE⁵⁸⁵, se a economia é entendida fora do âmbito da moral, meramente como ciência positiva, transforma-se em ciência do mensurável e passa a constituir o campo de batalha entre os polos extremos do "liberalismo" e do "coletivismo" e de suas subdivisões, submetendo seu curso à subjetividade de quem defina seu conteúdo e a intervenções exteriores à sua natureza por quem detenha poder capaz de fazê-lo. Desde ao menos a renascença, recorda o autor, a técnica e a economia vem se separando pouco a pouco da moral, da filosofia e da teologia e adquirindo a autonomia completa que se lhe quer atribuir nos dias de hoje, uma autonomia que, entretanto, não lhe cabe. Se o progresso econômico e da técnica não são, evidentemente, um mal em si (antes o contrário), o problema se põe – e disto já se tratou no capítulo I.2 desta tese - ao apresentar-se insubordinado a fins que lhe são superiores, dentre eles os fins do homem e o da comunidade política, ou quando pretende ser um fim em si, atropelando, no caminho, as exigências da própria natureza humana racional, as de ordem moral inclusive, dando azo, entre outros males, ao erigir de formas político-totalitárias de caráter tecnocrático e à instrumentalização do ser humano para os fins da produção.

⁵⁸⁴ BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. *Derecho y economía. Necesidad de un retorno a la filosofía del hombre. Verbo. Número 203-204: Serie XXI, 1982, pp. 318/320.*

⁵⁸⁵ DE CORTE. Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre. (1972). Fundación Speiro. Número 101-102: Serie XI Número 101-102: Serie XI.*

Nesse processo, conforme já pudemos apontar em outro estudo⁵⁸⁶, com a experiência do real empobrecida, reduzida ao empírico, nega-se a imaterialidade postulada pela tradição filosófica como inerente à atividade racional (a apreensão das formas substanciais, da “quididade” dos entes), limitando-se a cognição teórica do mundo aos aspectos materiais e fundando-se a atividade prática na subjetividade/relatividade de movimentos das potências inferiores da alma (sentimentos, emoções, paixões, ideais subjetivos etc.). Em suma: no reforço à negação da metafísica aristotélico-tomista e das causas formal e final, prevalecerá uma visão em que a causa eficiente faz-se constitutiva da forma e do fim da ordem, também da ordem econômica e do mercado. Desde a perspectiva tomista, uma perda das noções de forma e fim necessárias a toda ordem, inclusive às ordens normativas da moral, do direito e da economia.

Afirma DE CORTE:

“El divorcio de las actividades técnico-económicas respecto de las actividades morales y especulativas del hombre, la inversión de las finalidades de la técnica y de la economía que ha provocado, no ha acabado aún de perturbar el planeta. No es exagerado pretender que la revolución permanente que macera la humanidad o, más exactamente, el desorden que en ella establece y sus innumerables secuelas en todos los dominios, provienen de esta causa primera, con demasiada rareza apercibida y más raramente todavía analizada.”⁵⁸⁷

O autor expõe a enfermidade inerente a uma tal situação de inversão de uma economia que paradoxalmente jamais foi tão potente e, assim mesmo, permanece tão frágil, uma economia que pode valer-se de meios técnicos tão avançados para prover necessidades materiais, mas que, empregados de modo insubordinado tanto à natureza humana racional e seu fim quanto ao bem comum, conduzem o ser humano à perda de sua liberdade, a uma escravidão em função da produção:

“(...) una economía cuya finalidad funcione a la inversa cuesta muy cara por definición: Se precisan cada vez más medios y medios más costosos para invertir su curso natural. Y asistimos así a un espectáculo extraordinario: Una economía cuyos instrumentos técnicos son incomparables y cuya productividad es enorme, que se enferma cada vez más. Un malestar difuso, que a veces estalla en crisis monetarias imprevisibles, taladra una prosperidad económica sin precedentes. En vano esta economía a la inversa intenta crear nuevas necesidades. Como observa Goerge Friedmann en un libro reciente, «la multiplicación anárquica de las necesidades mantiene el desequilibrio y, a su vez, se encuentra estimulada por él». Existe un círculo vicioso en todos los sentidos de la palabra. El dinamismo de la economía no puede ser desviado indefinidamente de su finalidad natural sin riesgo de explosión. Y por esto la economía jamás ha sido tan potente y jamás ha sido tan frágil. Jamás ha sido más capaz de ayudar a los hombres y jamás ha sido más apta para privarles de su diferencia específica y hacer de ellos «trabajadores» perpetuamente condenados

⁵⁸⁶ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁵⁸⁷ DE CORTE, Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre*. (1972). Fundación Speiro. Número 101-102: Serie XI Número 101-102: Serie XI.

*a producir ... Las actividades propiamente humanas corren el riesgo de desaparecer en beneficio únicamente de la actividad técnico-económica desplegándose al infinito ...*⁵⁸⁸

A ascensão de um controle político-econômico-tecnocrático é uma realidade que de fato deriva dessas revoluções (que impactaram, por exemplo, o aristotélico [e, também, tomista] conceito de ciência enquanto “conhecimento pelas causas”) e de seus efeitos, resultando em que o “bem comum”, já antes fagocitado pelo Estado e substituído pelo “bem público”, dê agora lugar ao domínio do “bem privado” substanciado em interesses corporativos e de grupos – em especial transnacionais - que se impõe e controlam em grande parte o poder político para determinados fins de eficiência econômica, contexto em que se maximiza o uso do aparato tecnocrático e se produz totalitarismo e massificação.⁵⁸⁹

BARREIRO adverte:

“Cuando una sociedad está dominada por la glorificación de lo material, la economía –como la ciencia que determina la forma más eficiente de producción y distribución de los bienes materiales– domina a la sociedad y se convierte en una norma ética exclusiva que rige la organización política, pues lo que en definitiva cuenta en este tipo de sociedad como «valor ético» primario es la eficiencia, el desarrollo de metodologías para fomentar el comercio y el crecimiento económico. El silencio ontológico y axiológico de la experiencia de las cosas materiales lleva consigo como

⁵⁸⁸ *Ibidem*, pp. 123/125.

⁵⁸⁹ “Se trata, pues, de la aplicación total del empirismo experimental de BACON y del método descompositivo-recompositivo de la escuela de Pavía, que —como es sabido— procede primero a la disección de los cuerpos y después a su recomposición, por el análisis y luego la síntesis. Así, se ha escrito, ‘en lugar de observar los conjuntos y su armonía intrínseca, como ARISTÓTELES [...], los descompone, los reduce a elementos singulares’. En cuanto a las sociedades, ‘son reducidas a sus átomos constitutivos’, los individuos y, a partir de éstos, reconstruye idealmente la sociedad, con la soberanía absoluta del príncipe, regida por la ‘razón de Estado’, con el objetivo de la ‘eficacia’ de gobierno, por el que nace Leviatán. (...) La metodología operativa, en el orden político, produce como resultados el totalitarismo estatal y la masificación: ‘Ambas consecuencias son inevitables si se parte de que la res cogitans, que debe racionalizar la res extensa, cuantificándola, no es emanación de una interacción activa de todas las mentes humanas en su ámbito respectivo, sino sólo de la mente de quien o de quienes están suficientemente dotados de poder para imponer su propia racionalización, y lo consiguen. [...] La res extensa comprende, así, toda la sociedad, e incluye especialmente la masa amorfa de individuos, teóricamente iguales, sobre los que opera la racionalización social; y es obra de las mentes que dominan los órganos del Estado y que así monopolizan toda la res cogitans. De ese modo, ‘los demás’, la masa amorfa de individuos queda inmersa en la res extensa, objeto de manipulación’. En efecto, esa operatividad racionalizadora y cuantificadora del Estado respecto de la sociedad, extendida en todos los ámbitos, no puede dejar de conducirlo al totalitarismo. Y la masificación social, objeto de esa operatividad, se concreta en la homogeneización, la liberación de las viejas ataduras y la superación del estado de necesidad. El Estado se convierte en un ‘artefacto instrumental’, y la praxis racionalizadora hace surgir una nueva clase, la tecnocracia, ‘capaz de utilizar los mejores adelantos técnicos para planificar centralmente todas las actividades sociales, y que supone una concepción ideológica del mundo que admite la mecanización dirigida centralmente por unos cerebros capaces de impulsarla del modo más eficaz’. Masificación y tecnocracia colorean el totalitarismo estatal de un modo distinto al de la fase fuerte de la modernidad. Son otros los tonos que hoy dominan el panorama político. Los restos del bien común, primero sustituido por el bien público, yacen hoy víctima del puro bien privado. El bien común, fagocitado en un primer momento por el Estado, hoy depende de los intereses corporativos (rectius de los grupos de presión).” (V. AYUSO, Miguel. *El telón de fondo del transhumanismo cit.*, pp. 19/20). Confíra-se, ainda: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968.

*consecuencia que la ética pierde sus bases objetivas y se convierte en algo hecho por el hombre”.*⁵⁹⁰

Todos esses pontos até aqui desenvolvidos não poderiam ser aprofundados sem que os limites e escopo desta investigação fossem ultrapassados. Mas um dos aspectos indiciados na análise de AYUSO merece ser agora destacado. Justamente o da apropriação final do bem comum – e do próprio Estado, de certo modo - por corporações, por transnacionais e muito especialmente pelo sistema financeiro. Trata-se de um fenômeno também apontado por DE CORTE - desde o ângulo de uma economia que começa e termina nos “produtores”⁵⁹¹ - que só pode resultar na escravidão do ser humano para a produção e o consumo:

*“Bajo la influencia creciente de una economía centrada en los productores, se han organizado grupos de presión económica que no solamente gravitan con todo su peso sobre las decisiones del Estado, sino que hacen que éste abandone cada vez más su función esencial de garantizar el interés general, para convertirse en el servidor de los intereses particulares de los productores. La misma naturaleza de la economía se encuentra perturbada hasta en sus fundamentos. Si es cierto, como hemos dicho antes al referirnos a la evidencia del buen sentido más elemental, que se produce para consumir y que la saturación de las necesidades del consumidor constituye el único y auténtico fin de la actividad técnico-económica, el Estado moderno, presa de los grupos de presión, va consolidando cada vez más la inversión de la economía y hace que ésta se desarrolle de tal suerte que camina en contra-pendiente. (...) El hombre es cada vez menos libre en todos los dominios. Su liberación respecto de la naturaleza que la técnica ha dominado tiene como correlativo su servidumbre a la colectividad, al Estado y a la potencia de los grupos que dirigen el Estado.”*⁵⁹²

VALLET DE GOYTISOLO, citando DE CORTE, destacará a “economia ao revés” produzida por um modelo de economia orientada não à melhor satisfação das necessidades humanas, mas que tem como por fim último a maior produção, a qual se torna o critério balizador da saúde da sociedade e de sua solidez econômica, reduzindo o papel de uma legítima autoridade política (que deve perseguir o bem comum respeitando o princípio da subsidiariedade) a um mero redistribuidor/potencializador a serviço dos produtores:

“Es decir, a una economía orientada primariamente, más que a la mejor satisfacción de las necesidades humanas, a la mayor producción. A su incremento indefinido, que ha dado lugar a la llamada sociedad de consumo que, debidamente trabajada por la

⁵⁹⁰ BARREIRO, Ignacio. *La imposición socio-económica de la ideología contraria a la naturaleza del hombre*. Verbo, núm. 531-532 (2015), 119-160, p. 131.

⁵⁹¹ “*Todos los productores, ya sean rivales, ya sean coaligados (corno llega a suceder cada vez más), desvían hacia ellos el flujo de la productividad, de la que pretenden ser el fin. Es insólito que sus reivindicaciones de tal modo han pesado en las costumbres que han llegado a parecernos naturales en una economía que debería hallarse finalizada en el consumidor, con todas las consecuencias que ese destino comporta, y de las que hablaremos más adelante. La economía contemporánea es así una economía al revés, una economía artificial de la cual el consumidor siempre paga los gastos. En la perspectiva, vuelta al revés, en la que ha sido orientada, el consumidor ya no es el fin de la producción, es simplemente el intermediario por el cual el ciclo que va del productor al productor queda constreñido a rizar el rizo.*” (DE CORTE. Marcel. *El Estado y el dinamismo de la economía*. Verbo. Número 87-88: Serie IX, 1970, p. 684).

⁵⁹² DE CORTE. Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre cit*, pp.123/124.

manipulación propagandista, tiene como función propia la de consumir todos los excedentes de la producción en serie, como si fuese un inmenso saco elástico.

(...)

*Lo cierto es que, como ha notado Marcel de Corte, el Estado «se convierte únicamente en el órgano de redistribución de los productores, de la riqueza producida, y del acrecentamiento de la producción», y se llega «a erigir la producción en criterio «único» de la salud de una sociedad moderna y de la solidez de su economía». El Estado ha dejado de ser lo que siempre había sido considerado, es decir, defensor del bien común consistente en la armonía de todos los bienes particulares, para convertirse en dueño de un inmenso interés colectivo parasitario, con lo que tiende a dejar de ser Estado, en el pleno sentido jurídico de la palabra, para convertirse en «un enorme poder despótico, ejercitado sobre una inmensa máquina industrial y únicamente destinado a perpetrar el monopolio de quienes de una forma cualquiera o bajo la máscara de cualquier ideología, se hayan apoderado de ella».*⁵⁹³

O erigir dos monopólios e do grande poder econômico modifica a estrutura da própria economia, pois o fim da produção, erigido como fim último, sequestra as funções de Estado e, paulatinamente, substitui o fim do bem comum por algum bem privado (o que mais se agrava com o financismo) ou por alguma forma de coletivismo que não observará a organização por corpos intermédios e a subsidiariedade.

GOYTISOLO, há mais de 50 anos, recordava DE CORTE para apontar a ascensão da “ideologia tecnocrática” - que a tudo filtra pelo viés econômico - como resultado da tecnoestrutura do grande capitalismo e de modelos socialistas:

*“Hemos visto que tanto la moderna tecnoestructura del gran capitalismo y, especialmente, el capitalismo dirigido por el Estado de los países occidentales, como el neosocialismo occidental y las nuevas tendencias socialistas que desde la base se manifiestan en los países del otro lado de telón de acero, conducen a la tecnocracia. Esta es la conclusión determinista del citado libro de Marc Paillet, como lo es -sin tal determinismo pero con lógica consecuente a las actuales causas que llevan a ella, en tanto no se rectifiquen de raíz- la de Marcel de Corte en ‘La economía al revés’. Una máquina complicada, que funciona en contra de la naturaleza, necesita ser artificialmente manipulada e impulsada por técnicos especializados en ello. Estos hombres constituyen la tecnocracia, que, al decir de Billy, «dota de eficacia en su acción (al poder político) al poner a su servicio las técnicas modernas de dirección de la economía y de la sociedad: planificación, presión fiscal, acción psicológica, etc., y de los medios para la realización de los programas: crédito, grandes trabajos, construcción, etc.». Meynaud, señala que así se forma la ‘ideología tecnocrática’, que se centra en el hecho de reservar el lugar central a los fenómenos económicos de modo tal que: su construcción y articulación se realiza en función de la vida económica; se auto justifica en términos de eficacia económica, para descubrir las soluciones óptimas en el terreno del bienestar social.*⁵⁹⁴

A dinâmica marcadamente eficientista e financista que assume a economia moderna – que transformou a produtividade em critério único de avaliação da saúde da sociedade e da

⁵⁹³ VALLET DE GOYTISOLO. *Capitalismo – Socialismo – tecnocracia. Verbo. Número 101-102: Serie XI, 1972, pp. 73 e 76.*

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p 108.

solidez da economia - implica claros impactos morais/éticos, constituindo uma poderosa causa eficiente para a transmutação artificial do tecido da sociedade e dos grupos intermédios entre o indivíduo e o Estado, em especial da família⁵⁹⁵, com a reorganização de sua estrutura e de seus fins em função dos objetivos de mercado, em especial os das corporações transnacionais e, não somente, mas particularmente, os fins do sistema financeiro, resultando – com a fagocitação dos Estados e dos organismos internacionais -, e conforme aponta SPRINGER, na “corporativização” não só do trabalhador (em seu conhecimento, habilidades e caráter), mas também da família, fazendo surgir a noção de “capital social” (que se extrairá da “contribuição das interações sociais para o crescimento econômico e para a produtividade”).

Especialmente do financismo usurário resultará, enfim, a cada vez mais acentuada secundarização das estruturas sociais, o que está a impedir ou dificultar o florescimento das virtudes, as quais – para que sejam de fato genuínas - supõem estruturas sociais primarizadas, mormente o respeito à estrutura natural da família.

Para o sucesso do processo em andamento, há de olvidar-se a natureza das coisas e, logo, qual seja a essência do ser humano, seu lugar na ordem de todas as coisas e seu fim, pelo

⁵⁹⁵ “A confluência entre interesses empresariais, políticos, oficiais de governos e educadores resultou na tentativa de controlar o capital social das famílias. As famílias, apesar da grande variedade de estruturas familiares por todo o mundo, deveriam ser alteradas de acordo com as necessidades econômicas. (...) A ideia para o mundo era o estímulo a famílias pequenas, cujas interações sociais apoiassem o sucesso dos provedores da família e o ensino de habilidades interpessoais para o seu sucesso na escola e, mais tarde, no trabalho. As corporações globais devem aplaudir as habilidades interpessoais defendidas por economistas como James Heckman e ensinadas nos jardins de infância. Que chefe não gostaria de ter trabalhadores que são sérios, eficientes, organizados, ambiciosos, que trabalham duro, controlam os seus impulsos e têm uma boa ética de trabalho? Mas o que está faltando nessas habilidades interpessoais? Conforme sugerimos ao longo deste livro, as habilidades interpessoais faltantes, que parecem não ter lugar no trabalho corporativo ou no mercado, são a compaixão, o altruísmo e a empatia; todas elas ingredientes-chave no início da luta pela justiça social. Os economistas, como Gary Becker, consideram que a escolha de habilidades interpessoais deve estar ligada à eficiência econômica; enquanto o egoísmo faz os mercados eficientes, o altruísmo faz com que sejam eficientes as famílias”. (V. SPRING, Joel. Como as corporações globais querem usar as escolas para moldar o homem para o mercado *cit.*, p. 235). Ainda: “Os objetivos da educação ‘economizada’ resultam na corporativização do futuro trabalhador através da tentativa de moldagem do seu caráter, do seu conhecimento e das suas habilidades para que, assim, supra as necessidades do mercado de trabalho mundial e os desejos de corporações multinacionais. No contexto do capital humano, as habilidades são divididas entre técnicas - que geralmente estão ligadas às proficiências literária e matemática e habilidades afins - e interpessoais - que via de regra dizem respeito aos traços característicos que poderão ajudar o funcionário a ser bem-sucedido no ambiente profissional. A corporativização do trabalhador global vem acompanhada das tentativas de corporativização da família, de modo que a vida familiar assegure que os trabalhadores permaneçam produtivos e que seus filhos aprendam as habilidades técnicas e interpessoais necessárias para otimizar o seu capital humano e suprir as demandas das corporações. Conforme explicaremos mais além neste mesmo livro, a corporativização do trabalhador e da família introduz uma nova forma de capital: o capital social. Neste contexto, o capital social refere-se à contribuição das interações sociais para o crescimento econômico e para a produtividade. Aplicado à educação, o capital social refere-se ao ensino das habilidades emocionais que prepararão o estudante para interações sociais produtivas dentro das corporações; aplicado à família, refere-se às relações que afetam os capitais humanos dos membros da família, especialmente os inseridos no mercado de trabalho e as crianças (*Ibidem*, pp. 21/22).

que se combaterá - na constituição das relações sociais e jurídicas - qualquer resquício de direito natural que se contraponha ao projeto, fenômeno que recrudescer nas últimas décadas.

IncurSIONAR na seara desses delicados problemas certamente extrapolaria os escopos e limites desta investigação. Pode-se, entretanto, apontar que cada vez mais se ignora – e mesmo se combate – a fundamentação genuinamente objetiva para todo o âmbito prático, a necessária deferência ao seu primeiro princípio (o princípio sinderético) e a devida observância da lei natural e de suas exigências, o que se dá de modo proporcional aos interesses de uma sinarquia econômica – em especial a financeira - em promover e induzir certas mudanças artificiais no tecido social que retroalimentem o próprio financismo usurário que se impõe como uma nova forma de economia política identificada por alguns sob a etiqueta de uma “economia política do endividamento”, a qual não pode prescindir, para seu desenvolvimento, não apenas da alteração artificial do fundamento ético/moral geral (impondo-se um novo paradigma ético, em especial, o de um utilitarismo sentimental em detrimento de uma ética das virtudes), mas de toda normatividade regulatória social, a fim de emprestar força jurídica vinculante à sua nova estrutura de valores: um fenômeno que acabará por catalisar a instrumentalização do ser humano para a produção e para o trabalho - apartando-o de seu fim/bem - e que veio, sob certos aspectos, a resultar no que se denominou “cultura da morte”.⁵⁹⁶

Por detrás da imposição socioeconômica de uma ideologia - ou, mais largamente, de ideologias – materialistas e contrárias à natureza humana, radica o aviltamento da dignidade humana, que passa a ser metrificada segundo parâmetros utilitaristas econômico-eficientistas, convertendo-se o ser humano em mero agente da economia e, para além disso, em mercadoria, um bem que pode ser consumido e cujo valor é medido sob a régua de sua utilidade-eficiência econômica e por sua capacidade de retroalimentar as próprias ideologias:

“Una visión materialista del hombre [que] comporta que la persona humana sea valorada no en relación con su sustancial dignidad sino en relación con su mayor o menor utilidad social juzgada bajo parámetros económicos. Por lo que vemos que el hombre es reducido al status de un mero agente económico. El hombre es convertido en una mercadería y es insertado en una serie de estructuras de poder que le dan un determinado valor económico, como un bien que en cierta forma puede ser consumido. La persona humana es vista principalmente como productor y consumidor. Ambas categorías son fundamentales para el sistema productivo materialista. (...) En primer término las personas son jerarquizadas en función de su capacidad productiva. Las personas son juzgadas en función de su capacidad como

⁵⁹⁶ Para aprofundamento da temática, confira-se as muito bem documentadas obras: SANAHUJA, Juan Claudio. *Cultura da Morte: o grande desafio da Igreja*. Tradução de Lyège Carvalho – São Paulo, SP: Katechesis, 2014; SANAHUJA, Juan Claudio. *Pode Global e Religião Universal II*. (2ª edição - aumentada). Tradução de Carlos Nougué. – São Paulo, SP: Katechesis, 2017; CRITCHLOW, Donald. *Segundas intenções: a cultura da morte e o governo americano*. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2019.

*gestores o ejecutivos, porque es indudable que en la sociedad contemporánea el talento más apreciado es la capacidad para organizar con la mayor eficacia posible los diversos factores de producción. Ahora bien, este juicio sobre la capacidad de gestión está influenciado por la capacidad del administrador de adaptarse, aceptar y hacer propia la ideología dominante (...). En segundo lugar, en proporción a su mayor o menor capacidad de consumo. (...) La imposición totalitaria de una ideología contraria y destructora de la naturaleza humana nos lleva a concluir que se está buscando de imponer el mal común (...).*⁵⁹⁷

Nessa cultura da “morte” e do “descarte”, inverte-se a ordem de uma economia que deve orientar-se ao bem comum e fundar-se em uma justa hierarquia dos bens, com o cuidado da vida humana, cuja tutela – atacada por forças ideológicas por detrás das quais escondem-se não só desordenadas paixões humanas, mas poderosos interesses econômico-financeiros - é enfraquecida logo de sua concepção (liberação da prática abortiva, “descarte” de embriões⁵⁹⁸) e nas naturais circunstâncias em que a “utilidade” do ser humano para fins econômicos decresce, tais as situações de enfermidades graves e de senilidade (eutanásia), impactando-se, para mais, a política e a regulação de inúmeros setores, como os de saúde (também a privada) e de previdência, cujas balizas - dados os interesses econômicos envolvidos - remanescem sujeitas a enormes pressões.

No âmbito político, a mescla dos interesses econômicos (de supercapitalistas ou de grupos de poder que dominam os Estados) com o poder político têm dado lugar à ascensão da ideologia tecnocrática a serviço de modelos totalitários (ou tendentes a uma alta concentração de poder) os quais – de algum modo abertos à atuação do grande capital e buscando incessantemente a produção – valendo-se cada vez mais de sofisticados aparatos de controle tecnológico, comprometem a liberdade dos povos. Um horizonte em que se fundem poder econômico, poder político e tecnocracia.

⁵⁹⁷ BARREIRO, Ignacio. *La imposición socio-económica de la ideología contraria a la naturaleza del hombre*. Verbo, núm. 531-532 (2015), 119-160. Cito, deste último artigo (pp. 135/137 e 157).

⁵⁹⁸ Tema que, no contexto do “descarte” por clínicas de fertilização, já pudemos enfrentar na atividade judicial, ocasião em que assentamos - quanto à dignidade do embrião (no ventre materno ou criopreservado) - que o fato acidental de não se atualizar a potência dada pela forma, por qualquer motivo que seja, não lhes retira a dignidade essencial de que já são dotados, fundada que está no seu princípio de animação (dado com sua forma substancial) racional. Desse modo, o reconhecimento do direito à vida - nascida ou ainda não nascida e independentemente do ambiente em que se encontre (*intra* ou *extrauterino*) - não se condiciona por consensos humanos e sua inviolabilidade há de ser garantida. Não bastasse ser incontornável a conclusão acima apontada e derivada tanto da normatização convencional, constitucional e infraconstitucional vigente quanto da reta razão e dos princípios primeiros que regem o pensamento e a lógica (como arte diretiva dos atos próprios da razão), acresça-se a evidência empírica, também inafastável: ainda que decorrido muito tempo (e o termo final sequer pode ser estabelecido) entre o início da criopreservação e a implantação, isso não torna de modo algum inviável se vierem a ser ofertadas as condições para que se desenvolva em ato o que antes estava em potência - o crescimento do que antes fora gerado e o nascimento do ser humano por muitos anos criopreservado. Veja-se, ilustrativamente, a bebê Molly, nascida após 27 anos em criopreservação. (V. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55178686>). Para uma ampla compreensão filosófica da questão da dignidade de pessoa do embrião: Cruz, Padre Luiz Carlos Lodi. *A alma do embrião humano: o fundamento ontológico de sua dignidade de pessoa*. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

Uma concepção totalizante que – com pendores ou bem utilitaristas ou bem propriamente socialistas - implica o primado materialista do econômico sobre o moral e o político e uma mística de um progresso acrítico e indefinido, a tudo relativizando, instrumentalizando, planificando, automatizando e massificando para melhor calcular, prever e controlar, valendo-se para tanto de uma racionalidade como cálculo, de meios de propaganda e controle de informação e opinião e do sequestro dos poderes de Estado para que funcionem como burocracia tecnocrática.

Bem delineado o delicado problema, extrai-se, com algum apoio em BARREIRO, o processo ideológico materialista e utilitarista que - conquanto ignorado pela maioria - está na ordem do dia para tudo relativizar a fim de impor uma nova estrutura normativa moral e jurídica consentânea aos interesses de grupos e forças que, aproveitando-se do (e estimulando-se o) decréscimo geral do nível de genuína virtude, erige-se em um poder tecnocrático totalitário movido por uma causa eficiente econômico-financeira que subjuga o bem comum, fim da comunidade política, e que, para a realização de seu desiderato, fagocita o Estado e organismos supranacionais a fim de promover as mudanças, em escala global, no tecido social das nações, que estão a apartar ainda mais os seres humanos – já agora reduzidos a uma massa – de seu bem real, porquanto, remanescendo reféns das paixões desordenadas, têm muito maior dificuldade para discernir o verdadeiro bem e de orientar-se para ele:

*“Las coordenadas espacio-temporales del mundo sensible, las constantes físico-químicas, los dinamismos corpóreos, las pulsiones psíquicas y los condicionamientos sociales son para muchos de los integrantes de la sociedad contemporánea los únicos factores realmente decisivos de las realidades humanas. Tan sostiene que la legitimidad de los sistemas de conocimiento en la sociedad tecnológica contemporánea no se puede fundar en la actualidad en una serie de criterios universales validos que puedan ser objetivamente conocidos, por lo tanto se puede argüir que la legitimidad de las normas que rigen la sociedad de nuestros días tiene solamente su fundamento en un sistema que pueda ser vivido en la práctica. Una praxis sistemática que está basada en la experiencia de lo material y en la tecnología que regula y ordena esta realidad material, dominando la sociedad, asume una función normativa. O sea que la legitimidad de las normas que rigen la sociedad de nuestros tiempos, no se deriva de normas objetivas, o sea del derecho natural, sino de las praxis que en la realidad de los hechos rigen la sociedad. Otra forma de ver esta situación es que la sociedad contemporánea en vez de ser dominada por el derecho natural está dirigida en su organización social por criterios técnicos de eficiencia y productividad y de desarrollo tecnológico”.*⁵⁹⁹

Sem descurar do grave erro em que se constituem projetos socialistas⁶⁰⁰/comunistas, também a respeito dos riscos de um liberalismo econômico que,

⁵⁹⁹ BARREIRO, Ignacio. *La imposición socio-económica de la ideología contraria a la naturaleza del hombre cit.*, pp. 127/128.

⁶⁰⁰ “Así, en un resumen de conjunto, ha dicho Hayeck que tres factores de la experiencia socialista han contribuido a la gran decepción de muchos en cuanto a los métodos básicos del socialismo: 1.º «la creciente evidencia de que

movendo-se sobre uma base materialista e utilitarista, persegue uma idolatria do mercado e impõe suas próprias regras com desprezo do bem comum e do bem real humano, advertiu S. JOÃO PAULO II (abstraída aqui, mas não ignorada, a existente discussão sobre a terminologia empregada⁶⁰¹):

“Outra forma de resposta prática, enfim, está representada pela sociedade do bem-estar, ou sociedade do consumo. Ela tende a derrotar o marxismo no terreno de um puro materialismo, mostrando como uma sociedade de livre mercado pode conseguir uma satisfação mais plena das necessidades materiais humanas que a defendida pelo comunismo, e excluindo igualmente os valores espirituais. Na verdade, se por um lado é certo que este modelo social mostra a falência do marxismo ao construir uma sociedade nova e melhor, por outro lado, negando a existência autônoma e o valor da moral, do direito, da cultura e da religião, coincide com ele na total redução do homem à esfera do económico e da satisfação das necessidades materiais. (...) Acha-se aqui um novo limite do mercado: há necessidades colectivas e qualitativas, que não podem ser satisfeitas através dos seus mecanismos; existem exigências humanas importantes, que escapam à sua lógica; há bens que, devido à sua natureza, não se podem nem se devem vender e comprar. Certamente os mecanismos de mercado oferecem seguras vantagens: ajudam, entre outras coisas, a utilizar melhor os recursos, favorecem o intercâmbio dos produtos e, sobretudo, põem no centro a vontade e as preferências da pessoa que, no contrato, se encontram com as de outrem. Todavia eles comportam o risco de uma «idolatria» do mercado, que ignora a existência de bens que, pela sua natureza, não são nem podem ser simples mercadoria. (...) Voltando agora à questão inicial, pode-se porventura dizer que, após a falência do comunismo, o sistema social vencedor é o capitalismo e que para ele se devem encaminhar os esforços dos Países que procuram reconstruir as suas economias e a sua sociedade? É, porventura, este o modelo que se deve propor aos Países do Terceiro Mundo, que procuram a estrada do verdadeiro progresso económico e civil? A resposta apresenta-se obviamente complexa. Se por «capitalismo» se indica um sistema económico que reconhece o papel fundamental e positivo da empresa, do mercado, da propriedade privada e da consequente responsabilidade pelos meios de produção, da livre criatividade humana no sector da economia, a resposta é certamente positiva, embora talvez fosse mais apropriado falar de «economia de empresa», ou de «economia de mercado», ou simplesmente de «economia livre». Mas se por «capitalismo» se entende um sistema onde a liberdade no sector da economia não está enquadrada num sólido contexto jurídico que a coloque ao serviço da liberdade humana integral e a considere como uma particular dimensão desta liberdade, cujo centro seja ético e religioso, então a resposta é sem dúvida negativa.” [Uma doutrina social⁶⁰² que] “...reconhece o valor

el mecanismo de producción de bienes opera con menos eficacia bajo un orden socialista que bajo el régimen de libre empresa ; 2.º «*el convencimiento casi unánime de que el socialismo, lejos de conducir a lo que había sido concebido como summum de la justicia social, implica la implantación de un orden jerárquico arbitrario y mucho más infranqueable en lo atinente al acceso de un escalón a otro*»; 3.º «*y la comprobación, a que se ha llegado, de que el socialismo, en lugar de la mayor libertad prometida, origina un nuevo despotismo*».” (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968, p. 399).

⁶⁰¹ Veja-se: VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *La enciclica “centesimus annus” en la tradición de la doctrina social de la iglesia proyectada a cosas nuevas*. Verbo. Verbo, núm. 297-298 (1991), pp. 1054 e ss..

⁶⁰² “¿Cuál ha sido ese principio que la doctrina social de la Iglesia reconoció desde sus comienzos? No es errado afirmar que ese principio es la misma ley natural en tanto que, ordenando la vida del hombre en la comunidad política, establecía ‘lo justo político’, es decir, el modo de convivencia política que se acomoda a los preceptos de la ley natural según el proyecto divino de la creación participado a los hombres. Lo justo político como determinación de la ley natural puede decirse de otro modo: el Reinado social y político de Nuestro Señor Jesucristo. Así, Miguel Ayuso afirma que la doctrina social es “un cuerpo de doctrina centrado en la proclamación del Reino de Cristo sobre las sociedades humanas como condición única de su ordenación justa y de su vida progresiva y pacífica”. De un modo más simple, lo justo político puede ceñirse al primer principio de la ley natural relativo a la vida social y política, que es el del bien común temporal, abierto al bien común sobrenatural. (...) Frente al derecho político moderno, se elaboró entonces una constitución católica de los Estados, un derecho

positivo do mercado e da empresa, mas indica ao mesmo tempo a necessidade de que estes sejam orientados para o bem comum.”⁶⁰³

DE CORTE não apenas diagnosticou o problema da moderna economia, mas buscou apontar a solução, cujo acabamento passa, sem dúvida - supostos sempre a sã liberdade econômica e o princípio da subsidiariedade⁶⁰⁴ - por uma regulação que não instrumentalize o ser humano para a produção (nem o transmute em mercadoria ou capital) e que – buscando o útil – faça-o de modo conformado à realização humana segundo sua natureza racional, de modo a assim integrar, suposta uma justa hierarquia de bens, as necessidades por bens materiais àquelas dos bens de ordem moral e intelectual/espiritual, moldando-se uma normatividade jurídica moralmente conformada e ordenada à consecução da dignidade humana e do bem comum, fim da comunidade política:

“La economía debe ser restituida a su finalidad natural y puesta de nuevo al servicio del consumidor, por una parte, y, por otra, debe reintegrarse en una concepción del hombre que subordine las actividades productora y consumidora de bienes materiales a la actividad moral y a la actividad contemplativa del espíritu. Dicho de otra forma, la potencia debe ser ligada a la sabiduría. (...) Las estructuras jurídicas de la economía podrán de tal manera prolongar el impulso de la naturaleza humana hacia su realización, tan plena como sea posible. No queremos decir que estas dos condiciones sean fáciles de cumplir en las circunstancias actuales en las que todas

público o constitucional católico, asentado en lo que ordena la ley natural. Así, de la naturaleza social y política del hombre se colegía la necesidad de la autoridad, cuyo origen está en Dios mismo, de Quien deriva el derecho a mandar que tienen los gobernantes, derecho que no nace vinculado a ninguna forma de gobierno en particular, y que se legitima por el fin: el aseguramiento del bien común. Principios fundamentales que son la sólida base de la obediencia de los ciudadanos y garantía firme de la paz y la estabilidad de la ciudad. De modo que la doctrina social es la concreta respuesta a los problemas de la convivencia política desde el horizonte de la Verdad, “del derecho natural del hombre”, es decir, en palabras de Pío XII, “del orden del mundo, tal como Dios lo ha establecido”.” (SEGOVIA, Juan Fernando. ¿Una nueva doctrina social de la Iglesia para un nuevo orden mundial? Un examen de ‘Caritas in veritate’ de S. S. Benedicto XVI. Verbo, núm. 499-500 (2011), 763-810, p. 766/767).

⁶⁰³ S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

⁶⁰⁴ “O Estado tem também o direito de intervir quando situações particulares de monopólio criem atrasos ou obstáculos ao desenvolvimento. Mas, além destas tarefas de harmonização e condução do progresso, pode desempenhar *funções de suplência* em situações excepcionais, quando sectores sociais ou sistemas de empresas, demasiado débeis ou em vias de formação, se mostram inadequados à sua missão. Estas intervenções de suplência, justificadas por urgentes razões que se prendem com o bem comum, devem ser, quanto possível, limitadas no tempo, para não retirar permanentemente aos mencionados sectores e sistemas de empresas as competências que lhes são próprias e para não ampliar excessivamente o âmbito da intervenção estatal, tornando-se prejudicial tanto à liberdade económica como à civil. Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de estado, o «Estado do bem-estar». Esta alteração deu-se em alguns Países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como «Estado assistencial». As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, se deve respeitar *o princípio de subsidiariedade*: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.” (S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.)

*las actividades humanas se mueven artificialmente a la inversa. Decimos simplemente que ellas responden a la necesidad más profunda del hombre: la necesidad de la felicidad. Decimos simplemente que el dinamismo de la economía ha de ser para nosotros la ocasión, si es acabado y, por tanto regularizado, de realizar, en la medida de lo posible, esta felicidad a la que el hombre aspira”.*⁶⁰⁵

A concentração do poder econômico, com uma não rara captura do poder político e a ascensão de formas tecnocráticas de controle, é uma realidade recorrente tanto nas economias liberais - por grupos privados organizados na forma de agentes econômicos (em especial, multinacionais e transnacionais) -, como naquelas socializantes. Uma realidade que debilita uma sã, verdadeira e imprescindível liberdade empresarial⁶⁰⁶, estimuladora de um equilibrado potencial criativo e inovador, e um honesto livre mercado.⁶⁰⁷ Atingido o ponto, deve-se sublinhar, de certo modo em linha com o que expõe ALVEAR TÉLLEZ⁶⁰⁸, que a sã liberdade econômica e, especificadamente, a sã liberdade empresarial, no mercado e em suas relações não pode prescindir – se se quer preservar a própria liberdade dos abusos do poder econômico - de uma conformação moral e de uma regulação ordenadora da atividade que constitui seu objeto, consentânea à natureza e fins dessa atividade e com o grau de sua relevância para o interesse geral da comunidade política, compondo-se harmonicamente, tanto quanto possível, a autonomia privada para empreender e a observância das exigências do bem comum⁶⁰⁹, da justiça e do direito, com o que, por um lado, garantir-se-á a justa liberdade econômica e empresarial, promovendo-se um saudável dinamismo econômico⁶¹⁰, e, por outro, salvaguardar-se-ão importantes e essenciais bens – e também o bem comum - de uma apropriação por agentes

⁶⁰⁵ DE CORTE. Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre cit.*, p. 125.

⁶⁰⁶ “*Ante todo hemos de proclamar la libertad de emprender, punto básico del principio de subsidiariedad, justificada también por los hechos de los que resulta que es el medio más eficaz para producir riquezas, que proporciona al hombre un medio inestimable de traducir en hechos sus gustos de iniciativa y de acceder por sus propios méritos personales a puestos de responsabilidad y decisión; y porque la libertad de empresa reclama y protege, por su misma esencia, las otras libertades económicas e incluso políticas.*” (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Tecnocracia, totalitarismo y masificación cit.*, p. 772).

⁶⁰⁷ “... *tanto la verdadera libertad empresarial y un honesto libre mercado han sido debilitados en la mayoría de los países por la peligrosa concentración del poder económico de las empresas multinacionales y el socialismo que es practicado en diversas formas en diversos Estados.*” (BARREIRO, Ignacio. *La imposición socio-económica de la ideología contraria a la naturaleza del hombre*. Verbo, núm. 531-532 (2015), 119-160, p. 127).

⁶⁰⁸ ALVEAR TÉLLEZ, Julio. *Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar*, *Estudios Constitucionales*, Año 13, Nº 1 359 2015, pp. 321-37.

⁶⁰⁹ “... *el fundamento de los actos económicos es el libre albedrío de la persona, o capacidad para discernir y decidir lo referente a su propia conducta. En esto consiste en principio la libertad de los que compran y venden, o libertad económica: es la facultad de la inteligencia y de la voluntad para elegir y para ordenarse de este modo a la consecución de un fin, que es el orden en la distribución y uso de los bienes. Hay que tener en cuenta que, no obstante la facultad del propietario para disponer de sus bienes, el dominio del cual es titular no es un poder absoluto, por lo cual no siempre está justificado el ejercicio arbitrario de esa facultad. Esto significa que compete al dueño ordenar el uso y goce de sus bienes, pero que dicho uso y goce no es necesariamente beneficio del mismo propietario. Hay una subordinación natural del bien particular al bien común. No va esto en mengua del mismo derecho de propiedad, sino la confirmación de un orden natural dentro del cual se inscribe este derecho.*” (WIDOW ANTONCICH. Juan Antonio. *Nociones básicas de economía*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 213-226, pp. 213/214, p. 217).

⁶¹⁰ Veja-se: DE CORTE. Marcel. *El Estado y el dinamismo de la economía*. Verbo. Número 87-88: Serie IX, 1970.

econômicos e interesses privados, especialmente quando organizados na forma de transnacionais e movidos pelo só propósito crematístico.

A regulação, assim, supondo uma sã liberdade econômica, deverá atuar para, obstaculizando a concentração do poder econômico, garantir a concorrência na atividade empresarial, a qual – na linha do que expõe DE CORTE⁶¹¹ –, não deve estar sujeita à anarquia de uma economia entregue a si mesma e às suas próprias leis, mas exige regras, jurídicas e morais, a reger um saudável dinamismo econômico cuja inspiração não seja meramente convencional, mas derivada da concepção do homem real, com corpo e alma, pelo que considera suas necessidades materiais de modo integrado e subordinado àquelas de ordem intelectual e espiritual, em atenção a seu fim último, sua felicidade, e ao fim da comunidade política.

Nessa perspectiva há de ser restaurada a noção de uma economia política humanista, concepção em que os responsáveis pelas funções de Estado (governativas, legislativas e judiciais) não são subservientes a interesses privados e/ou promotores da ideologia tecnocrática, mas movem-se para a realização do bem comum e do bem real humano, garantindo uma ordem econômica regida pelo princípio diretivo da justiça, com o que se moraliza/humaniza a prosperidade material e se enfatiza a genuína solidariedade (não uma solidariedade sentimental-midiática que não raro oculta interesses escusos e contrários à própria lei natural). De par com essa economia política humanista, há de se fomentar - junto aos agentes econômicos privados - uma atividade empresarial também conformada eticamente.⁶¹²

⁶¹¹ V. DE CORTE, Marcel. *Economie et morale. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, Nº. 4, 1977, págs. 425-560, pp. 558/559.

⁶¹² “En el primer nivel, el objetivo, la doctrina social católica señala que la actividad económica, como la artística y las demás actividades humanas, aun teniendo sus propias normas, se subordinan per se a la consecución del bien común intrínseco o político, lo cual significa la facultad del poder político de intervenir y hasta dirigir esas actividades. Esa facultad, debe comprenderse, nada tiene de totalitaria ni de arbitraria, pues ella misma está sometida a la consecución del bien común. En cambio, la tendencia de las filosofías liberales es –como veremos más adelante– la emancipación de la actividad económica –salvo pragmáticas medidas correctoras justificadas precisamente por los fallos del propio mercado– en su relación con la política o incluso la subordinación de la política al libre desarrollo del mercado. En cuanto al nivel subjetivo, el de la acción económica singular (o punto de vista interno del acto económico), la divergencia entre las dos visiones es también notable. La doctrina católica enseña que la moral alcanza a todos los actos humanos y que el fin no justifica nunca los medios. Por lo tanto, cada uno de nuestros actos económicos en sí mismos considerados deberán ser conformes con las obligaciones morales del sujeto, con las exigencias morales del acto mismo y con las prescripciones de justicia general impuestas por el gobernante. Hay que notar que para la visión católica, la nota moral de la economía y de las decisiones económicas no supone la desfiguración de la entidad propia de la decisión económica (que propia y legítimamente tiene un fin económico). No propone un vaciamiento económico de la decisión económica, sino la inserción por vía de jerarquización, del fin próximo en los fines últimos. Como dice Santo Tomás (In polit., lib. I, lección 8) “El arte de adquirir riquezas no constituye una misma y única cosa con el de gobernar la familia –o la ciudad–... sin embargo ha de ponerse a su servicio, pues son necesarias las riquezas para que la casa –o la

Isso não se pode fazer, claro está, sem a reforma dos costumes segundo uma ética das virtudes, o que pressupõe um afastar-se da ideia redutiva e materialista conceitual de um ser humano que, disperso do reto agir segundo as faculdades superiores da alma, busca apenas bens materiais para a satisfação de suas paixões desordenadas. Essa necessidade não deixará de captar BUSTAMANTE:

“Estamos en presencia de un sistema jurídico-económico que se caracteriza por ser una mezcla de liberalismo y estatismo, necesitado de introducir reformas en sus instituciones que dependen, en muy buena parte, de la no menos fácil revisión de los espíritus y de las costumbres, que se hallan relajados en el mundo, como consecuencia de que se ha despertado un desmesurado afán de lucro que ha deteriorado las tradiciones y ha conculcado la eticidad de las leyes. Es menester, pues, volver los ojos hacia un nuevo sentido de la vida que oriente la producción y el consumo de los bienes materiales hacia el bien de la naturaleza humana, con el objeto de proponerse que la economía y la moral no estén disociadas sino que se procure que entren otra vez en comunión, a cuyo fin hay que laborar una moral económica centrada en la bondad del hombre y en sus tendencias cooperativas y solidarias. (...) es notorio que el dinamismo económico no puede desentenderse del cumplimiento de los fines últimos del hombre, ni de la solidaridad humana, ni de los consumidores, si es que en verdad no quiere desaparecer. Por consiguiente, busquemos la fórmula que haga coincidir el interés con el deber para que el bien particular y el bien común sean salvaguardados y, de esta guisa, evitar el desquiciamiento del dinamismo económico. Esto impone restaurar el principio de que la economía es hecha para el hombre y no el hombre para la economía, que la economía tiene por fin el hombre, que es ordenada a la naturaleza humana encarnada en la persona y que ésta tiene por fin último la bondad y la solidaridad.”⁶¹³

O liberalismo político e econômico erige-se como uma ideologia que não tem por causa final a justiça geral e sua pauta do bem comum, mas supõe uma atividade prático-econômica destituída das exigências objetivas e morais que informam todo o âmbito do *agir/fazer* humano, descurando da natureza de cada coisa e de todas as coisas e, logo, do verdadeiro sentido do bem comum e do bem real humano, razão pela qual tanto mais pode espalhar-se quanto mais declinar o nível geral de virtude.

Esse tipo de enfoque ideológico liberal, frise-se, não se confunde com o que se deve considerar uma justa liberdade econômica⁶¹⁴, a qual, supondo e fomentando equilibradamente

ciudad— sea gobernada”. (ULLATE, José Antonio. *Reflexiones preliminares sobre el catolicismo y el liberalismo ante la economía*. Verbo, núm. 487-488 (2010), 877-888, 878/879).

⁶¹³ BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. *Derecho y economía. Necesidad de un retorno a la filosofía del hombre*. Verbo. Número 203-204: Serie XXI, 1982, pp. 317 e 318.

⁶¹⁴ “O liberalismo econômico (que não deve ser confundido com a legítima e necessária liberdade econômica) pretendia, através da liberdade absoluta, chegar à autorregulação do mercado, mas acabou gerando extensas áreas de miséria entre os trabalhadores, condições iníquas de trabalho, injustiças gritantes na distribuição de renda. Estava aí o quadro propício, para, em nome da igualdade, implantar-se o dirigismo estatal, tanto mediante o instrumental democrático (como tem acontecido frequentemente em muitos países) quanto com as planificações ditatoriais (como é próprio dos regimes totalitários). (...) Mas dado o fracasso do socialismo [mesmo quando rotulado, no pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945), de socialdemocracia: na Alemanha, na Suécia, na França, na Espanha), vêm-se sobressaindo, presentemente (1996), liberais de várias tendências, que intentam reelaborar as ideias do liberalismo, especialmente na área econômica. Mais próxima do liberalismo do laissez-

o empreendimento criativo e inovador, deve observar os fins do bem real humano e do bem comum, de modo algum prescindindo, portanto, do papel da autoridade para a regulação e imposição de marcos jurídicos conformadores das relações econômicas e empresariais, em observância ao aludido fundamento objetivo de toda atividade prática (conformação moral) e com vistas ao bem comum (conformação jurídica e política)⁶¹⁵, de modo consentâneo à natureza e fins da atividade ou ramo de atividade a ser regulada e desde que relevante sua implementação para a comunidade política, compondo-se harmonicamente, tanto quanto possível, a autonomia privada para empreender e as exigências do bem comum, da justiça e do direito, observando-se sempre o princípio da subsidiariedade informativo da ordem social e econômica, do qual derivam devidas ações e abstenções.⁶¹⁶

faire, laissez passer é a já mencionada concepção de Hayek e Friedman, corifeus do neoliberalismo, cuja proposta é a de um Estado mínimo, em que a lei da livre-concorrência constitui a expressão do exercício amplo das liberdades individuais. Já um ‘social-liberalismo’ aponta para uma ‘liberdade vigiada’ em que o Estado garante a livre-iniciativa, mas intervém para reprimir abusos do poder econômico que ferem a liberdade de mercado e levam ao monopólio e ao lucro arbitrário. O ‘social-liberalismo’ pretende uma organização social em que a economia de mercado esteja aberta às exigências da justiça social, norteadas pelo princípio de solidariedade. Os propugnadores dessas novas versões do liberalismo — voltadas, mormente, para a função do Estado na vida sócio-econômica — mantêm-se, no entanto, estritamente fieis aos princípios do liberalismo político originários da Revolução Francesa.” (José Pedro Galvão de Sousa, Clovis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho. Dicionário de Política, T. A. Queiroz editor, São Paulo, 1998).

⁶¹⁵ Reportamo-nos novamente à sabedoria constante das lições da Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, a qual já nos referimos antes.

⁶¹⁶ “Direito e economia têm, pois, estreita relação, especialmente pela noção de ordem, na medida em que o direito revela e impõe certa disposição conveniente das coisas nos diversos âmbitos que disciplina, dentre eles o econômico, pulverizado em seus vários setores. E, nesta busca de unidade, considerando a multiplicidade de fatores econômicos e urbanísticos, para os quais as normas jurídicas traçam diretrizes e limites, apontando fins legítimos (a fomentar) e ilegítimos (a evitar), meios lícitos (a permitir) e ilícitos (a proibir), o princípio de subsidiariedade é coluna central que, para além de sua posituação no ordenamento jurídico, encontra fundamento ético e deita raiz na ordem natural das coisas. (...) Neste contexto da ordem social, portanto, o princípio de subsidiariedade é enunciado como dever de abstenção interventiva e dever de ajuda complementar, considerando a correlação dos entes sociais na promoção do bem comum. E, assim, na relação entre o ente social maior (v. G. O Estado) e o ente social menor (v. G. Sindicatos, empresas, associações de bairros, associações de moradores, universidades etc.), e destes com os indivíduos, afirma-se que a ação de ajuda complementar (incentivar, auxiliar ou suprir: enfim, ação destinada a subsidiar) do grupo social maior ao menor, e destes à pessoa humana, pressupõe, de um lado, o respeito à autonomia e à ação própria dos corpos sociais e da pessoa humana em geral, e, de outro, a intervenção do grupo maior apenas na apatia ou na insuficiência do grupo menor. Logo, neste sentido, a compreensão e a aplicação do princípio de subsidiariedade supõem: 1º) pluralidade de corpos sociais em relação (nas palavras de Vallet de Goytisoló, o reconhecimento do “*pluralismo jurídico-político*”, ou, como disse Juan Fernando Segovia, uma “*pluralidade de sociedades integradas*”); 2º) clara distinção entre Estado e Sociedade, e, com isto, o respeito à autonomia dos corpos sociais intermédios (conforme, por exemplo, tanto insistiu Galvão de Sousa); 3º) os princípios de sociabilidade, de solidariedade e de bem comum (ordem natural social, solidária e direcionada ao bem comum). (...) Por todo exposto – e ainda considerando que “*a subsidiariedade é o melhor remédio contra o Estado totalitário*” (Bernardino Montejano) – parece relevante, ainda hoje, atualmente, revitalizar pela doutrina clássica, ou realista, o princípio de subsidiariedade, e, assim, destacar a necessidade de fixar sua verdadeira compreensão, seu maior fundamento e sua eficaz aplicação, como princípio de direito natural: lido racionalmente (não criado) na natureza social e solidária do homem, na natural pluralidade dos grupos sociais e no direcionamento ético e material ao bem comum, conforme a lógica clássica, que “*é uma lógica da totalidade como pluralidade*” (Enrique Zuleta Puceiro).” (AMA DEI, Vicente de Abreu. O Princípio de Subsidiariedade na Ordem Econômica Empresarial e Urbanística. Disponível em: <https://selecaojuridical.jusbrasil.com.br/artigos/417523533/o-principio-de-subsidiariedade-na-ordem-economica-empresarial-e-urbanistica>).

Há de se ressaltar que a rejeição ao liberalismo (também o econômico) não implica igualitarismo nem transigência alguma com modelos socialistas ou comunistas (estes, “intrinsecamente perverso[s]”⁶¹⁷, e, ambos, redutivos do ser humano a relações sociais e coletivismos, fazendo desaparecer a pessoa como sujeito de decisão moral⁶¹⁸), que só podem nutrir-se de totalitarismo e massificação. A economia deve sempre supor, conforme destaca CASTELLANO, uma compreensão adequada do que seja a igualdade, a qual exige uma proporcionalidade que rejeita o igualitarismo (e, acresça-se, o totalitarismo) dos regimes socializantes (marxistas e socialistas em geral) ou ilustrados e revela sua relação com a justiça: não sendo iguais os trabalhos e atividades - pois uns requerem capacidades e competências superiores a outros, exigindo cada um deles diferentes graus de responsabilidade - a recompensa ou contraprestação por seu desempenho há de ser proporcionalmente equitativa, em conformidade à justiça e à ordem natural das coisas, o que todavia não dispensa, senão exige, atenção às necessidades naturais e às situações específicas que podem implicar tratamento desigual proporcional (não fruto de uma arbitrariedade).⁶¹⁹

O problema moral, bem se vê, está na base do enfretamento da questão atinente à regulação e controle jurídico-político do poder econômico. Nos dizeres de VALLET DE GOYTISOLO, na ordem de todas as coisas, debilitado o âmbito da moral, o desequilíbrio é inevitável:

“O bien el ámbito de lo positivamente impuesto por el Estado si extiende creando una presión que asfixia la libertad, adormece la libre iniciativa, el impulso individual y, con él, la espontaneidad social del progreso, y destruye los vínculos sociales

⁶¹⁷ “La Encíclica ‘Divini Redemptoris’ ha visto exactamente al declarar al comunismo intrinsecamente perverso. El comunismo no solamente es perverso, lo es por su mismo fundamento, en su trasfondo, por todo su ser, si se puede hablar así de la nada, por todo lo que tiene de negación, que lleva consigo, por la subversión devastadora y exterminadora que lo constituye, por la negación de la realidad que es su íntima realidad. El comunismo es el Mal absoluto, subsistente, entronizado. Es la mentira metafísicamente instituida, porque es, por su principio, lo subjetivo, bajo su forma suprema, separada de toda relación con una realidad distinta de la del sujeto. (...) El carácter intrinsecamente perverso del comunismo salta aquí a la vista hasta de los ojos menos avisados. Se trata de un proyecto sin par de subversión radical de la naturaleza humana en sus dos facultades específicas: la inteligencia y la voluntad, extendido a todos los campos de la vida y en todas las direcciones. (...) un sistema y un régimen que se funda en la anulación del principio de identidad, primera ley del ser y del pensamiento, debe desembocar en todo lo contrario. El comunismo debe negar el principio de identidad puesto que es la negación del ser, ruptura de relación fundamental del pensamiento con lo real, mentira instituida. Pero al presentar su mentira constitutiva como verdad, no puede esperar ya verdad de su mentira.” (DE CORTE, Marcel. *Intrinsecamente perverso*. Verbo. Número 55: Serie VI, 1967, pp. 349-358).

⁶¹⁸ Cfr. FERNES, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica?* Verbo. Verbo, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 84.

⁶¹⁹ V. CASTELLANO, D., *op. cit.*, p. 24/25.

*naturales; o bien se cae en un hedonismo egoísta e materialista que lleva a la disolución social, a la corrupción e a la revolución”.*⁶²⁰

O poder econômico, subtraindo-se à observância de exigências morais, sequestra o político e o jurídico e, valendo-se da ideologia tecnocrática e com pendores liberais ou coletivistas, coloca-se como fio condutor de toda organização social, comprometendo o bem comum e o bem real humano.

Diante de um difícil quadro que se nos apresenta, a pergunta que se faz é se há alguma alternativa ou solução. Trata-se, certamente, de um problema muitíssimo complexo cuja solução especificada, ainda que certamente existente⁶²¹, transcende o escopo deste estudo. A despeito disso, o caminho de resposta à questão – para mais de tudo o que vem sendo indicado no desenvolvimento das ideias expostas (em especial, a conformação do econômico ao moral, ao político e ao jurídico) – passa, em linha com o que indicam DE CORTE e VALLET DE GOYTISOLO, por desconcentrar e tornar acessível a propriedade⁶²² e, acresçamos, também porque em falta genuína virtude, desconcentrar poder (seja o das grandes empresas transnacionais, seja o do Estado [uma genuína aplicação do princípio da subsidiariedade])⁶²³.

⁶²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, Nº 2, 2001, págs. 519-546, p. 528.

⁶²¹ “Se nos dirá que esto es imposible, que la evolución a que asistimos es irreversible. Marcel de Corte lo niega: «No hay ninguna necesidad implacable en el orden humano, salvo la muerte. Ciertamente se producen las consecuencias, pero siempre en la medida que hayamos introducido las causas. Una economía tan llena de artificios como la nuestra no tiene, por otra parte, nada de irreversible. Al contrario, girando al revés de los mandatos de la naturaleza a fuerza de procedimientos ficticios, no tiene otros resortes que la coacción bajo todas sus formas, colectivas e individuales. A la naturaleza, principio del movimiento, le repugna, en sí, el movimiento inverso que se le quiere imponer.» (VALLET DE GOYTISOLO. *Capitalismo – Socialismo – tecnocracia*. Verbo. Número 101-102: Serie XI, 1972, p. 111).

⁶²² “A noção mesma de que o domínio privado constitui, como acabamos de ainda uma vez indicar, uma *garantia das liberdades* — põe à mostra duas condições para sua reta configuração, ambas com matiz *pessoal e social*: uma no plano *extensivo*, a outra, de caráter *qualitativo*. A primeira, porque, tanto melhor será essa garantia, quanto mais se difunda a propriedade particular: sua fluidez — vale dizer, sua possibilidade e acessibilidade — por meio do trabalho normal é indispensável a seu efetivo papel de garantia. Como disse Louis Salleron, “a propriedade privada é boa e é excelente”, mas é preciso “*que ela seja fluida*”. Nesse âmbito extensivo, o favorecimento do tráfico imobiliário — rompendo-se entraves financeiros, jurídicos, fiscais, psicológicos e sociológicos que dificultam ou até interdita a aquisição dominial —, além de subsidiar a satisfação do objetivo de garantir as liberdades pessoais, impede que a concentração de bens em mãos de alguns poucos particulares leve a um excesso de poder no nível da soberania social suscetível de influir na soberania política. Disse muito bem Rafael Gamba que os males da propriedade se curam com mais propriedade.” (DIP, Ricardo. Sobre a função social do registrador de imóveis *cit.*).

⁶²³ A defesa de uma genuína solução – é dizer, deferente à lei natural, regida pela justiça e por sua pauta do verdadeiro bem comum, e pela subsidiariedade - que provenha de organismos internacionais, na atual conjuntura dos fatos, parece-nos bem pouco realista, para dizer o mínimo. Conforme afirma Javier BARRAYCOA: “*Los Estados no pueden ser limitados por los poderes que emergen en la globalización, ni viceversa. En el fondo lo que se está constatando es que tanto los Estados como los poderes económicos transnacionales han llegado a pactos de no agresión. Uno se sustenta en el otro.*” (BARRAYCOA, Javier. *El núcleo económico del nuevo orden global. Economía y finanzas globales frente al bien común. La utopía de un orden económico universal*. Verbo, núm. 499-500 (2011), 937-955, p. 954).

No âmbito *moral*, passa pelo respeito ao fundamento objetivo de toda normatização, à lei natural, subordinando-se, portanto, a economia pela moral e pelas necessidades humanas.

No âmbito *social*, o afastar-se de tudo aquilo que massifica o ser humano ao subtrairlo dos vínculos sociais naturais, o que implica reforçar a aplicação do princípio de subsidiariedade para recuperar os vínculos comunitários (a noção de que vivemos em uma sociedade de sociedades: a começar das famílias, passando pelas escolas, universidades, clubes, associações, empresas, bairros, municípios etc.).

VALLET DE GOYTISOLO chega a indicar, com DE CORTE, que no âmbito de uma sociedade que perdeu sua tecitura natural e apresenta-se hierarquizada para a produção, a realidade da *empresa*⁶²⁴ (suposta a observância de exigências morais e organizacionais) remanesceria como vínculo natural a partir do qual essa reorganização econômico-social poderia dar-se:

*“La empresa como único elemento natural de ésta, puede ser la base de la vuelta a la realidad económico social; formando cuerpo en ella los jefes y colaboradores, sabiendo que su finalidad es servir al consumidor en lo que su interés coincide con su deber manteniendo la necesidad de su organización jerárquica y huyendo de convertir las empresas en máquinas, ruedas y correas de transmisión de la inmensa máquina estatal.”*⁶²⁵

Ainda:

“Para revitalizar la sociedad, desmasificándola, liberándola del totalitarismo tecnocratizado, es necesario comenzar desde sus bases. Sería contradictorio efectuarlo desde arriba, imperativamente, mecánicamente. Lo biológico, lo vital tiene sus leyes naturales, sus requisitos. La imagen de las plantas es expresiva, y se ha repetido muchas veces. El cuerpo social primero, más básico es la familia; y tras el, inmediatamente siguen, en el orden político, el municipio y, en el económico, la empresa (...). En una ponencia en uno de los Congresos de Lausanne, Marcel de Corte explicaba que una sociedad, «aunque por milagro saturase las necesidades materiales de todos los hombres indistintamente, no puede sobrevivir: 1º) si interiormente no está entramada por esos nudos difusores de la vida que son las comunidades naturales; y 2º) si sus diversas actividades productoras no se someten a una concepción del universo, del hombre, de su principio y del destino humano, conforme con la realidad de las cosas». Para ello, se trata «de salvar de las presas del aparato político y económico» a las «comunidades naturales o seminaturales que subsisten todavía en una comunidad industrial»: las empresas, donde se mantienen todavía las características de una sociedad natural: «la solidaridad, la subordinación

⁶²⁴ “‘La empresa’. - Es el modo ordinario y más adecuado de conjugar los agentes de la producción como lo demanden las necesidades del mundo de hoy. Aplicando los criterios de la Doctrina social de la Iglesia, se ha podido definir a la empresa «como una unidad productora, que organiza los elementos que la integran -capital y trabajo- de manera que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común». La empresa, en efecto, es la unión de los agentes de la producción, asociados de manera jerárquica, bajo la dirección de uno, el empresario, causa principal de la producción.” (BALTASAR PÉREZ ARGOS, S. J. *Los cuatro pilares fundamentales del orden social y económico según la doctrina social de la iglesia*. Verbo, núm. 293-294 (1991), p. 367).

⁶²⁵ VALLET DE GOYTISOLO. *Capitalismo – Socialismo – tecnocracia cit.*, p. 111.

en la jerarquía de los sujetos que la componen», «englobados en un mismo destino», «unidos entre sí por relaciones de interdependencia recíproca y de orden vertical que las hace parecerse estrechamente a las de una familia». En la empresa «nacen y se desarrollan los valores propios de toda comunidad natural: la devoción, la responsabilidad, el servicio, la mutua ayuda y, además, el gusto al trabajo bien hecho». En ella se encuentran los «últimos recursos de la vida social real». Se trata de defenderlos, ya que están a punto de agrietarse aquellas empresas «en que las relaciones sociales efectivas entre los miembros, no pueden anudarse normalmente», en particular «dado su gigantismo». Pero, la salud de las empresas requiere que se las salve de múltiples riesgos y, entre ellos, el de su tecnocratización. No olvidemos que en ellas, en USA, fue donde primero se detectó la tecnocracia y, en ellas, se ha descrito la ‘tecoestructura’. Pero sería inútil destecnocratizar las empresas -cosa muy distinta de un absurdo destecnificar que, nadie sensatamente puede pretender- si no son corregidos los presupuestos que conducen a su tecnocratización. Es decir: la racionalización meramente cuantitativa; la operatividad mecánicamente impuesta desde centros planificadores, la reducción de los mandos intermedios a simples correas de transmisión de órdenes, la falta de autonomía de las secciones y talleres. En suma: la evaporación de la responsabilidad por diluirla, la carencia de cooperación y comunión, la desaparición del estímulo moral que produce la satisfacción por el trabajo bien hecho.»⁶²⁶

Assim, sem descurar de que o caráter intrinsecamente usurário da economia financista moderna constitui seu problema de primeira ordem (alimentando a própria tecnocracia, difundindo ideologias, sequestrando a educação para seus fins crematísticos, secundarizando as estruturas sociais a ponto de refletir em todo tecido social e em seus corpos intermédios até atingir sua célula básica, a família, impedindo ou dificultando, enfim, de forma generalizada, o desenvolvimento de genuínas virtudes) e que pode e deve ser enfrentado ontologicamente desde suas causas material, formal, eficiente e final (um enfretamento que, todavia, extrapolaria os limites do presente estudo), é possível indicar, ainda com apoio em GOYTISOLO e DE CORTE, para o âmbito *econômico*, considerados seres humanos com espírito de iniciativa e responsabilidade, que a solução passa pela reorientação da economia do produtor ao consumidor, evitando-se a instrumentalização do ser humano não apenas para a produção, mas também para o consumo, e, no específico âmbito da empresa, suposta sempre a moralidade do objeto de sua atividade, por sua “destecnocratização” (o que não significa recusar o bom uso ético e subordinado da técnica, antes o contrário), por um lado corrigindo-se fatores que alimentam a tecnocracia, recusando-se, de conseguinte, o emprego da racionalidade como mero cálculo (uma racionalidade meramente quantitativa), uma operatividade mecanicamente imposta desde centros planificadores, uma organização que desestimula o envolvimento e o senso de responsabilidade, a cooperação e as relações genuinamente humanas, etc., e, por outro lado, conservando-se, na medida do possível e do que possa exigir o bem comum, o sentido pessoal de propriedade e a ligação ou vínculo entre o patrimônio que é a empresa e seu titular

⁶²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Tecnocracia, totalitarismo y masificación cit.*, pp. 770/771.

ou titulares, a fim de que a empresa não se conceba como simples capital pensado apenas como dinheiro.⁶²⁷

Na esfera do *econômico-político*, observado o princípio de subsidiariedade⁶²⁸, um voltar-se do Estado para a tutela do bem comum, com a ordenação dos interesses particulares de todos, já não sequestrado por interesses de ordem privada. Um Estado que, adstrito à sua função, a de árbitro, estimulador e fomentador do bem comum, cuja atuação não se pauta por outros fins, pode exercer sua autoridade no âmbito *político*, com a normatização/regulação necessária, sempre guiado pela justiça e com respeito ao desenvolvimento dos corpos intermédios que organicamente compõe a estrutura social natural, estimulando sua vitalidade sem absorvê-los ou manipulá-los.

E, enfim, no âmbito *jurídico*, compreender-se que não se deve submeter a ordem da economia a supostas “leis naturais do mercado” ou à mera vontade do Estado (a um voluntarismo qualquer), mas a uma ordenação moral e jurídica deferente à ordem de todas as coisas e de cada coisa (em especial à da natureza/essência do ser humano), fundada na lei natural e ordenada ao bem comum, o que implica considerar, para mais de causas materiais e eficientes, as causas formal e final das coisas e, em especial, do ser humano e da ordem jurídica da economia e do mercado.

Nesta ordem de ideias, no que concerne à regulação legislativa e judicial, desde a formulação legislativa como ato da reta razão e não de uma arbitrária vontade, até a solução dos conflitos pelas decisões judiciais que - sendo igualmente atos antes da razão que conhece o bem e o útil, e depois da vontade que impera a solução – deve-se considerar elementos de

⁶²⁷ “La titularidad de la empresa, por lo menos en cuanto a su núcleo dirigente, es preciso que conserve, lo más posible, el sentido personal de la propiedad; que no se pierda la inmediatez de la relación hombre-cosa, ni se produzca una total disociación de la titularidad con la gestión y la responsabilidad, desolarizándose de la empresa reducida a capital realizable en el momento juzgado oportuno. Se trata de que, en este aspecto, la empresa se estime, por su núcleo-dominante, mucho más como patrimonio, con que el propietario se siente comprometido y vinculado, que como simple capital del que sólo se piensa como dinero.” (Ibidem, p. 772).

⁶²⁸ “La acción del Estado debe respetar el principio de subsidiariedad. en materia económica. Y, consecuentemente, debe percatarse de su auténtica dimensión de árbitro de la libertad del mercado que purifique la libre competencia; y, por lo tanto, no debe ser a la vez juez y parte, árbitro y jugador, supuesto en el que fallará en ambos conceptos, por partida doble. Ha de velar fundamentalmente en esa función arbitral para impedir la explotación de la mano de obra, las manipulaciones indebidas, la competencia desleal extranjera (política de exportación agresiva, ‘dumping’, etc.) o interior (‘trusts’, monopolios, ‘ententes’, ‘holdings’, etc.). Así, el Estado quedaría reducido a sus funciones esenciales y liberado de las económicas que no le son propias, con lo que se expurgaría de sus excrescencias parasitarias, podría reducir y simplificar su presión fiscal. Para ello, es preciso que las empresas, a su vez, no incidan en ejercer la calificada por De Corte de ‘economía al revés’, sobrepasando la demanda y reclamando que el Estado mantenga artificialmente los excesos de producción, amputando así sus intereses del bien común y alentando, con el crecimiento artificial, el intervencionismo estatal, y, con éste, su tecnocratización.” (Ibidem, p. 773).

previsibilidade e eficácia e o impacto que terão na geração de bens e riquezas, o que evidencia aspectos de prudência legislativa e judicial que se pode apontar como consequenciais em diversos níveis, algo que se deve considerar, no entanto e sempre, à luz da necessária conformação do econômico ao moral e ao político, este último o âmbito no qual leis e decisões - atos da razão prática - serão tanto mais retas quanto mais suportadas pelas virtudes éticas e dianoéticas, as jurídicas inclusive.

Deve considerar-se, nessa perspectiva, o elemento fático acessível aos sentidos e, após, todo ente à luz dos primeiros princípios do intelecto (o da não contradição, na razão especulativa, e o sinderético – uma extensão daquele – no âmbito da razão prática, o qual impõe que se faça e persiga o bem e que se evite o mal), à luz dos princípios derivados que alcançam concreção na realidade fática, à luz, enfim, da natureza de todas as coisas e de cada coisa, do fim do próprio ser racional que conhece e age e do bem comum, compreendendo-se que a economia, como atividade humana, não se subtrai à consideração moral e prudencial, e que para ela conteúdos de ciência empírica e de técnica contribuem, desde que não como fim em si, mas como auxílio à consecução dos fins do ser humano e do bem comum, pauta da justiça geral e fim da comunidade política.

Também a atividade econômico-empresarial, estruturada (o que pode se dar de múltiplas formas) de modo vinculado ao lucro (embora este nem sempre seja seu objetivo último ou indicador único das condições da empresa⁶²⁹), movida pela livre iniciativa e empregando a técnica para a obtenção do útil⁶³⁰, para que seja deferente ao bem comum (e,

⁶²⁹ “...o lucro não é o único indicador das condições da empresa. Pode acontecer que a contabilidade esteja em ordem e simultaneamente os homens, que constituem o patrimônio mais precioso da empresa, sejam humilhados e ofendidos na sua dignidade. Além de ser moralmente inadmissível, isso não pode deixar de se reflectir futuramente de modo negativo na própria eficiência económica da empresa. Com efeito, o objectivo desta não é simplesmente o lucro, mas sim a própria existência da empresa como *comunidade de homens* que, de diverso modo, procuram a satisfação das suas necessidades fundamentais e constituem um grupo especial ao serviço de toda a sociedade. O lucro é um regulador da vida da empresa, mas não o único; a ele se deve associar a consideração de *outros factores humanos e morais* que, a longo prazo, são igualmente essenciais para a vida da empresa.” (S. JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.)

⁶³⁰ É contundente a conclusão de WIDOW: “*Por supuesto, no se trata de negar que muchas decisiones humanas tengan como objetivo obtener el máximo de utilidad, entendida como placer, con el mínimo costo. Pero eso no permite afirmar que todas las acciones obedecen a ese padrón. El error evidente desde BENTHAM. Y asumirlo como principio indiscutible es caer en un reduccionismo abismal, pero que curiosamente no ha espantado a tanto economista que lo adopta como principio universal de análisis de la conducta humana. Asumirlo como principio transforma también a la economía marginalista, y ya no solo entonces al utilitarismo, en ideología. Y en una ideología que desde su reduccionismo ha cooperado, en primer lugar, a hacer de la vida humana una en la que son demasiados los bienes superiores que quedan descuidados. (...) El determinismo maximizador de utilidad es el gran supuesto para que la teoría económica marginalista funcione. Pero en el camino son muchos los aspectos del hombre que han sido abandonados en la berma. Por todo ello no es raro que, no obstante el evidente progreso material de tantas sociedades capitalistas, se vaya extendiendo un malestar que los economistas marginalistas*

como diz AYUSO, “...*el verdadero problema político consiste en el reconocimiento en común del bien*”⁶³¹) e ao bem/fim do ser humano segundo sua natureza racional (afastando os riscos de planificação individualista ou socializante), há de ter em conta a observância de regras, uma regulação⁶³² tanto ética⁶³³ quanto jurídica que não somente não avilte mas promova os fins da comunidade política e do ser humano.⁶³⁴ Tanto a seus dirigentes, que sob o manto da personalidade jurídica empresarial agem em função de um fim, quanto aos legisladores, administradores públicos e juristas⁶³⁵ - quer na imposição de um regramento positivo, quer na atuação em (ou na decisão de) conflitos jurídicos surgidos no âmbito econômico-empresarial -, impõe-se a observância da forma do ente racional (que lhe dá sua razão de bem/fim) e do fim da comunidade política, o bem comum.

Porque referentes a uma atividade livre humana, há subordinação das ordens econômica e política à ordem moral⁶³⁶, o que permite considerar que - não podendo haver verdadeira segurança na estabilização e previsibilidade do injusto (uma vez que segurança

son incapaces de explicar. Una buena explicación de este hecho exige salir de los estrechos márgenes de una economía que ha adoptado como supuesto una filosofía moral que le quita a la acción humana su carácter más propiamente moral, tecnicizándola. En esa línea, trazada por el utilitarismo, el marginalismo ha terminado separando completamente el ámbito de la actividad económica, que sería de índole técnica, y el de la actividad moral. El problema es que con ello ha renunciado a la consideración del bien humano completo, que es el que está en juego en la vida moral, como criterio para atender las actividades y procesos en los que, a través de actos económicos, el hombre procura bienes que exceden en mucho el angosto camino de felicidad que les propone la economía marginalista”. (V. WIDOW, José Luis. *Derecho natural e ideologías de la economía (I). El marginalismo*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 51/66, p. 65).

⁶³¹ V. Ayuso, Miguel. *La economía y la unidad...*, op. cit., p. 44. Diz, ainda, o autor: “*De la noción que se tenga, pues, del bien común, deriva necesariamente el concepto de política: principalmente, en primer término, como acabamos de ver, si estamos ante un ‘facere’ (la política como técnica de servicios) o un ‘agere’ (la vida virtuosa del bien común) y, en segundo lugar, si el bien común tiene primacía de intención o, por el contrario, está subordinado respecto de los bienes particulares. Solo, pues, con una visión correcta del bien común alcanzamos la política digna de tal nombre (en sentido clásico), mientras que con sus versiones desnaturalizadas (defectuosas, excesivas o simplemente retóricas), hoy corrientes, solo se alcanza una inevitable despolitización de los pueblos.*”.

⁶³² O Estado também tem papel central nessa regulação: “O Estado deve garantir a liberdade econômica e, concomitantemente, operar a sua regulamentação.” (V. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. – 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2018, p. 17).

⁶³³ “*Que la economía tiene carácter ético se debe a que toda acción humana es intrínsecamente moral*”. (V. AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad...*, op. cit., p. 48).

⁶³⁴ O problema da secundarização das estruturas sociais como inviabilizadora do surgimento e do florescimento das virtudes e de sua imbricação com a problemática do conceito de responsabilidade social da empresa não são aqui ignorados, mas – como sua abordagem levaria para muito além dos limites e escopo desta tese - serão tratados em outra oportunidade.

⁶³⁵ Em sentido lato, é dizer não apenas o “cientista do direito”, mas também os que exercitam a “prática”, como advogados, magistrados, promotores e defensores.

⁶³⁶ “*En todos estos lugares [da obra de S. Tomás] la economía es presentada como un acto humano que cae bajo el dominio de la ética, pues al acto económico supone una decisión voluntaria, por lo mismo evaluable desde el ángulo de la moral, y como acto voluntario será meritorio o no respecto del fin último humano al ‘fin bueno de toda la vida humana’, en palabras del propio Aquinate. Los actos económicos no son independientes de los juicios morales y legales.*” (V. SEGOVIA, Juan Fernando. *La economía católica antes de la doctrina social de la Iglesia*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, pp. 81/111, p. 92).

reflete o anseio de, tanto quanto possível, descanso e estabilidade no bem) - nas questões jurídicas em geral como nas econômico-empresariais em particular, tudo o que concerne ao incremento da capacidade preditiva necessária a um qualificado nível de previsibilidade – embora integre a dimensão da segurança – de modo algum a esgota.

Precisa é a advertência de NALINI no sentido de que

“Segurança jurídica é mais do que previsibilidade das decisões. É fazer incidir o direito como resposta iniludivelmente ética aos conflitos humanos. O direito não é exercício lúdico ou retórico, que se satisfaça com sua aplicação procedimental. A insatisfação dos homens com a administração da justiça reside menos na sua morosidade do que no seu divórcio com a concepção ética do justo...”.⁶³⁷

O anseio por segurança – e por segurança jurídica – para ser, tanto quanto possível, satisfeito, implica a observância de exigências de caráter substantivo derivadas do fundamento e fim genuinamente objetivos que devem nortear as relações jurídicas, as econômico-jurídicas inclusive, revelando-se insuficientes propostas que recusem o dado ontológico do qual se extrai o dever nele entranhado, já por afirmar-se uma “grande divisão” entre os planos do *ser* e do *dever*, já por buscar-se vias que, recusando a primazia da metafísica como ciência primeira, procuram subjetivamente reconstruir - argumentativa e retoricamente - os sentidos normativos da segurança sem seu fundamento e fim objetivos.

Daí avultar a importância da ética das virtudes e da correta acepção de bem comum para a promoção de genuína segurança jurídica nas atividades regulatórias e decisórias, em matéria econômico-empresarial inclusive, rejeitando-se concepções utilitaristas que – reduzindo o bem e a felicidade ao atendimento das demandas das inferiores faculdades humanas (aos seus aspectos meramente sensíveis) - comprometam a realização do verdadeiro bem/fim do ser humano e do bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica.

⁶³⁷ NALINI, José Renato. Fomentar novas vocações. Prefácio. In DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Veja-se, ainda, AMARAL: “...a questão ética exsurge com toda a sua ampla carga valorativa, pois conforme quem seja o criador da norma, seu aplicador ou intérprete, os *valores pessoais* que abraça, os *meios* à disposição e as *metas* que pretende atingir necessariamente condicionarão o resultado. Os cínicos e os sofistas na antiguidade grega já demonstraram que a busca dos *fins* sem preocupação com os *meios* fará da justiça um ideal meramente secundário, tema que será retomado pelo relativismo moral, que tudo aceita e a tudo se conforma. Nesse sentido é essencial dar a palavra a uma ética verdadeiramente humanista, que centra no *caráter do ator*, iluminado pela *prudência*, o foco das atenções – e não apenas na consequência dos atos, como os utilitaristas [*e os atuais neopositivistas*]; no cumprimento dos deveres, como os estóicos; ou na sua imperatividade, como os kantianos -, e que deverá tonar a *iustitia*, enquanto virtude social e propósito fundamental do direito, da qual é objeto, coluna destra da atividade jurídica e da formulação das políticas públicas.” (V. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O Juiz-legislador: consequencialismo e constituição à la carte no Brasil *cit.*, p. 188).

Conforme ensina S. TOMÁS - destaca OLIVEIRA - os aspectos pessoal e social da vida moral estão intimamente associados, de modo que uma vida pessoalmente virtuosa, com a busca pelo domínio das paixões, é condição a um estável proceder com justiça, o que exige uma ética das virtudes e evidencia o estreito vínculo entre moral, política, direito e economia.

“Como virtude, a justiça é chamada a qualificar e retificar as ações da pessoa, e, como exigência objetiva de retidão, impõem-se às relações e instituições da vida social. Uma ética das virtudes se abre como que a partir do interior para a integração do direito, da economia, da política (...).”⁶³⁸

Com esse enquadramento, sublinha-se a importância de iniciativas que fomentem ou encampem a valorização da ética das virtudes e da escoreta noção de bem comum nas atividades jurídicas em geral consideradas e, em particular, na regulatória econômico-empresarial, especialmente ao se considerar o poder de influência, em nível nacional e global, exercido pelos agentes econômicos que se organizam como empresas, em especial como transnacionais, é dizer - e isto já se sublinhou -, em posição cada vez mais fortalecida para influenciar acentuadamente não somente a organização social, política e jurídica das nações e comunidades de nações, mas também seus próprios parâmetros de moralidade.⁶³⁹

Especificamente entre as iniciativas que valorizam a ética das virtudes e uma sã filosofia política e jurídica, destaca-se que a inclusão de disciplinas sobre a temática em currículos universitários, e a sua inserção/reinserção nas escolas de formação das diversas carreiras jurídicas, em especial da magistratura, muito poderiam contribuir.

Não podendo haver verdadeira segurança na estabilidade do injusto, faz-se mister destacar que a observância da conformação virtuosa e prudencial⁶⁴⁰, em especial pelos

⁶³⁸ OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. A Justiça. Introdução. In AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica, 3ª edição: janeiro de 2014, Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2005, pp. 43/44.

⁶³⁹ Já no curso do século XX advertia-se: “*Al saltar las fronteras, los conglomerados permiten desbordar la soberanía de los Estados y superar todas las barreras, todos los controles y todas las conveniencias políticas, usando del extraordinario mosaico de heterogéneos ordenamientos jurídicos y el dominio de filiales de distinta nacionalidad, para jugar con todas las bazas de triunfo en sus manos y perseguir objetivos muchas veces contrarios a los intereses de sus propios pueblos. Una potencia centralizada centraliza, también, la influencia en los aspectos científicos, sociales y políticos, otorgando un peso desmedido a los ‘businessmen’, cuya intervención mediatizadora en la investigación universitaria, capaz de mermar la libre iniciativa y la tradicional independencia del pensamiento y de la enseñanza, ha sido magistralmente puesta de relieve por Rosenhead en nn artículo publicado en la revista ‘New Scientist’, en septiembre de 1969. El poder de los ‘Big Business podría llegar a derogar todas las leyes del mercado y las normas de comportamiento, sometiendo, a través de los sutiles medios de la técnica actual, al hombre contemporáneo, a la más drástica de las dictaduras morales.*” (CARBALLO FERNÁNDEZ, José Maria. *Empresa y sociedad (Mito, “Praxis” y Poder)*. Verbo. Número 90: Serie IX, 1970, p. 983).

⁶⁴⁰ “Aponta BOEIRA, com acerto, que “[e]m tempos de relativismo moral e niilismo filosófico, o saber prudencial desponta com notável relevância, fornecendo aos agentes sociais e profissionais do Direito os subsídios cognitivos e epistemológicos para a correta aplicação da justiça”. (V. BOEIRA, Marcus Paulo R.. Apresentação. In FERNANDES, André Gonçalves. *O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes*. – 1ª ed. – Belo Horizonte:

legisladores e decisores, à lei natural - que é o fundamento próximo e objetivo das ordens moral e jurídica (e, como se viu, deve conformar a economia e a política) -, constitui condição *sine qua non* à consecução da segurança jurídica, também em matéria de regulação econômico-empresarial.

Essa conformação, quando suficientemente compartilhada, consubstancia importante causa de previsibilidade jurídica subjetiva e de certeza objetiva do direito. Somente assim – com deferência ao fundamento e fim objetivos de toda atividade prática - pode-se prover níveis adequados de genuína segurança/certeza jurídica.

Ainda que sempre assintóticos os níveis possíveis de serem alcançados - porque enormemente variáveis as circunstâncias concretas e contingentes (históricas, espaciais, econômicas etc.)⁶⁴¹ em que se inserem as questões morais e jurídicas – a conformação moral da atividade regulatória, seja ela legislativa ou judicial, apresenta-se como condição necessária a uma tendencial e geral segurança objetivamente fundada sem a qual, ao cabo, nem mesmo o emprego de um ilimitado número de métodos investigativos, normativos, retóricos, argumentativos e empíricos – seguidos ou antecidos da obtenção de um largo leque de informações (com o auxílio ou não dos instrumentos do que se denomina hoje “inteligência artificial”) - poderia prover, anotando-se, para mais, que a tão só possibilidade de prever, ainda que com elevado grau de certeza, alternativas (e mesmo sob uma hipotética ou idealizada estruturação funcional e normativa dos poderes estatais e de processos decisórios que reduzam as alternativas faticamente verificáveis), se não considerado o necessário vínculo entre segurança e fim do ente racional e da comunidade política (porque a liberdade é verdadeira liberdade enquanto escolha efetiva, pelo ente racional, do bem, que tem razão de fim), pouco

Editora Dialética, 2020, p. 21). Acrescenta o autor: “Há parte considerável de doutrinadores que, em nome da razão formal ou de critérios quantitativos, argumentam com naturalidade que uma ação conforme o Direito prescinde de qualquer juízo moral ou, quando o incorporam em suas respectivas bases teóricas, postulam filosofias práticas que pouco ou nada possuem em comum com o que a tradição clássica do Direito ocidental entende por *ius*. Sustentam que o hiato entre as virtudes e as práticas sociais explicita o *estado da arte* da vida em comunidade. Olvidam, alhures, que todos os fundamentos institucionais da própria condição de possibilidade da vida social, sua forma política e seu sistema judiciário, supõem um juízo avaliativo acerca do bem a ser perseguido e realizado”. Recorda, ainda, FERNANDES que “[a]s virtudes fazem com que os afetos ou paixões adiram com mais facilidade à verdade da razão e ao bem da vontade. Como o campo propício da teoria da ação é a práxis humana e a ética é um agir para e com o outro, acreditamos que, numa cultura - na qual a ética das profissões, inclusive, a judicial, está inserida - em que a percepção do bem moral tem sido tragicamente obscurecida, apesar de tanto se falar de ética, a ética das virtudes tem um forte potencial epistêmico e valorativo no afã de desvelar e concretizar, no agir ético-judicial, aquela vocação do magistrado rumo à distribuição do justo concreto”. (Cfr. FERNANDES, André Gonçalves. O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 34).

⁶⁴¹ O que põe à mostra as graves distorções de teorias *iusnaturalistas* de inspiração idealista/racionalista/voluntarista, na verdade desvios da tradição do direito natural clássico.

agrega à satisfação do verdadeiro anseio por paz⁶⁴² e tranquilidade como reflexos de reais segurança e justiça (com a nota de que, neste mundo, este anseio sempre apenas pode ser parcial e limitadamente satisfeito⁶⁴³).

É preciso, ainda, resgatar a noção de que as funções legislativa e judiciária – porque concernentes ao âmbito prático – se não prescindem da técnica que lhes é inerente, também não podem ignorar o caráter prudencial que se lhes exige: envolvem, assim, um saber técnico-prudencial e a escorreita consideração do que sejam verdadeiros bem, bem comum e felicidade, adversando-se, assim, toda falsa concepção utilitarista que os subordine às faculdades inferiores da alma e os aparte do verdadeiro fim da comunidade política.

Impõe-se, de conseguinte, para a realização de qualquer atividade regulatória ou decisória, perguntar-se e responder acertadamente a indagações como “o que é homem?”⁶⁴⁴ e “qual o seu fim último?”, “o que é de fato o bem comum?”, “qual o fundamento da ordem moral, da ordem jurídica e da ordem econômica?”, “qual o fundamento de toda a atividade regulatória?”.

Não se pode – e disto já se tratou em capítulo anterior desta tese - responder a essas perguntas de modo correto sem que se valha de uma sã metafísica, de uma realista gnoseologia ou teoria do conhecimento, e de escorreitas antropologia e psicologia filosóficas e filosofia política. É, afinal, somente por meio do reconhecimento de um direito objetivamente fundado - legatário de um realismo ontológico e de uma ética das virtudes – que se pode emprestar o

⁶⁴² “Se a paz na sociedade —paz que é exigida pela natureza humana— é efeito da segurança (*pax securitatis opus*), é, porém, efeito de uma segurança que se especializa, que não é qualquer, de uma segurança que se reclama jurídica, não pelo fato de ser imposta por um dado poder, mas pelo fato de ser moralmente justa: *pax iustitiae opus*.” (DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, p. 123).

⁶⁴³ “(...) não pode haver felicidade perfeita onde há males (...) Logo, a felicidade perfeita, neste mundo, é absolutamente impossível” (V. SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 120/122).

⁶⁴⁴ “*Es preciso saber ‘lo que es el hombre’ para resolver los problemas religiosos, políticos, sociales, económicos. Sin este conocimiento, implícito o explícito, todos los intentos de solución están condenados al fracaso. Los problemas humanos son todos problemas de relación, puesto que ‘el hombre es relación’: es relación con Dios, relación con sus semejantes, relación con el universo, relación con todo lo que no dimana ni de su razón ni de su voluntad y a lo que su razón y su voluntad deben someterse. Es con su actividad especulativa y con su actividad práctica como el hombre experimenta y descubre lo que es relación. Una vez que estas actividades han sido relegadas a segundo plano, el sentido de la relación se esfuma. Si ha podido subsistir ha sido gracias a la enseñanza difundida por el cristianismo. Pero a medida que declinaba la fe se desvanecía lentamente. Sin duda no ha desaparecido definitiva ni universalmente. Lo que pertenece de modo tan radical a la naturaleza misma del hombre no puede morir. Pero el hombre moderno sabe cada vez menos a qué está ligado. Sabe cada vez menos adónde va, adónde tienden sus actividades. Ha vuelto a ser un nómada, un ser errante que busca a la ventura lo que es. Está sin brújula, sin finalidad. Los lugares familiares en que antes reposaba en el curso de su existencia están en ruinas: la religión, las comunidades naturales, la patria, la nación se hunden en paneles y pedazos. No queda al hombre moderno sino los bienes materiales que su actividad productora engendra sin tregua y de los que ignora seguramente la finalidad.*” (DE CORTE. Marcel. *El Estado y el dinamismo de la economía. Verbo. Número 87-88: Serie IX, 1970, p. 683*).

firme critério finalístico apto a prover uma satisfatória funcionalização da segurança jurídica (e, assim, por parâmetros, critérios e procedimentos finalisticamente ancorados em um fundamento objetivo, na natureza das coisas e de cada coisa) tendente ao maior grau possível de sua realização.

Impõe-se reconhecer o acerto do caminho apontado por DIP⁶⁴⁵ no sentido de que alhear o tema da segurança jurídica do inquérito de seu conteúdo equivaleria a corresponder a segurança tão somente à forma “estrutural e funcional do sistema jurídico”, o que muitas vezes se persegue – ou por uma obsessão de controle, ou para fins de um economicismo-eficientista utilitário, ou para uma autodeterminação individual e /ou coletiva ilimitada, ou, ainda, por todas essas razões em conjunto - com vistas apenas ao incremento da capacidade preditiva de pessoas e agentes e por métodos não deferentes à natureza das coisas e de cada coisa⁶⁴⁶, e, assim, não deferentes aos limites ontológicos e morais objetivos e cognoscíveis pelo ente racional, uma visão que se revela corolário de uma liberdade que tem na própria liberdade seu critério último, insubordinada metafísica e eticamente (a liberdade do liberalismo tal qual apontada por CASTELLANO) e que, ao cabo, representa uma falsa segurança jurídica: ainda quando se logre estabilidade (ou, ainda, previsibilidade/calculabilidade), será mera estabilidade/previsibilidade/calculabilidade no injusto.

Segurança nas relações jurídicas em geral – e na seara econômico-empresarial em particular, em especial em tempos de *big finance, pharma, tech, data etc*⁶⁴⁷ - deve ser também “juridicidade substantiva”, o que supõe a atividade regulatória da lei positiva e de decisões jurídicas todas moralmente orientadas⁶⁴⁸ segundo o fundamento objetivo imposto pela

⁶⁴⁵ “Se a segurança jurídica se resumisse a regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, ou, em outras palavras, se fosse apenas a estabilidade da ordem jurídica e da certeza do direito, a segurança jurídica equivaleria a uma forma —ou, talvez, a uma fórmula—, alheia do inquérito de seu conteúdo. Tratar-se-ia, exclusivamente, de uma sobrevivência formal, sem comprometimento com a substância do sobrevivo; ao ponto de que, nessa linha, se admitiria uma segurança jurídica também na estabilidade do injurídico.” (V. DIP, Ricardo, *Segurança jurídica cit.*, pp. 23, 52 e 68).

⁶⁴⁶ “Em resumo, se a segurança jurídica repousa na positividade e configura, desse modo, um *status* de fato, ela não é segurança jurídica apenas enquanto estado efetivo - que poderia ser qualquer, ao ponto do mais absurdo e brutal possa imaginar-se-, mas também por sua juridicidade substantiva, que não se constitui, nem se determina sem harmonizar-se com uma ordem objetiva, superior e anterior à positividade: é dizer, a natureza de todas as coisas, a natureza de cada coisa e as coisas todas da natureza.” (V. DIP, Ricardo, *op. cit.*, p. 68).

⁶⁴⁷ Não se olvidando que na era dos “*big*” (*finance, pharma, tech, data etc.*) as informações e dados (mais especificamente sua coleta, armazenamento, acesso, tratamento, partilhamento, uso, etc.) transmutam-se em um super-poderio econômico e geram conflitos que se traduzem em inúmeros litígios econômico-empresariais relacionados, dentre outros campos, à defesa do consumidor, à livre concorrência, ao meio ambiente, à soberania nacional e aos “direitos fundamentais”, deixando entrever possibilidades de sofisticadas formas de controle, comportamental inclusive.

⁶⁴⁸ V. DIP, Ricardo, *op. cit.*, pp. 23/24, 53/54 e 68. Isso longe está de implicar moralismo jurídico. Abstraindo-se a discussão sobre a relação exata entre ordem jurídica, natureza das normas e coercibilidade/coercitividade, pode-se citar: “Enquanto a moral é interior, o Direito é exterior. Enquanto a moral, como vimos, não pune os infratores

essência/natureza racional humana, pelo seu lugar na ordem de todas as coisas, por seu fim e pelo bem comum.

Uma concepção de segurança que se reduza a um dos seus aspectos e, entre eles, ao aspecto de previsibilidade - empreste embora instrumentos úteis - integra somente parte da segurança jurídica amplamente considerada. Toda gama de critérios (subjetivos), parâmetros e procedimentos que despreze o dado ontológico, a natureza das coisas, é, portanto, insuficiente à consecução da verdadeira segurança jurídica, de modo que somente a partir do fundamento objetivo e de uma correta compreensão da natureza, do fim do ente racional e do bem comum é que se pode estabelecer parâmetros e critérios (ontologicamente fundados na natureza das coisas e de cada coisa e, assim, genuinamente objetivos) realmente garantidores de níveis mais elevados de segurança – e de segurança jurídica - em todos os seus aspectos compreendida.

Frente ao crescente viés principiológico dos textos constitucionais, convencionais, legais e infralegais - cada vez mais prenhes de termos éticos e cláusulas abertas – faz-se ainda mais urgente que, consideradas as sãs metafísica, gnoseologia, antropologia⁶⁴⁹ e psicologia filosóficas e filosofia política, tome-se a ética das virtudes e o verdadeiro bem comum como eixos centrais - na formulação, execução e controle – dos marcos regulatórios legislativos e judiciais⁶⁵⁰, em especial na atividade econômico-empresarial, reduzindo-se tanto quanto

senão com o remorso, e, eventualmente, uma reprovação social difusa, o Direito está normalmente dotado de uma característica externa, mas instrumental, de coercibilidade, isto é, pode impor-se pelo uso da força.” (V. DIP, Ricardo e Cunha, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica...*, p. 26). Ainda DIP citando CHORÃO, Mário Bigotte: “Sendo a justiça, primariamente, uma virtude que consiste no hábito de atribuir a cada qual o seu direito (*ius suum cuique tribuere*), todavia, a ordem jurídica contenta-se com a realização do *justo objetivo*, isto é, com a satisfação do que é devido a cada um no domínio das ações e coisas exteriores, qualquer que seja o ânimo do agente (*etiam non considerato qualiter ab agente fiat* como se diz na *Suma Teológica*). De sorte que tem de distinguir-se entre a virtude da justiça (em grego, *dikaïosyne*) própria do homem justo (*dikaïos*), e aquilo que é objetivamente justo (*to dikaion*).” (V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica...*, p. 35). Por fim, HERVADA: “A ciência jurídica é mais limitada em seu objeto material; engloba apenas os atos da virtude da justiça, pois restringe-se a determinar as *obras* próprias da justiça. Contudo, nem sequer estuda a virtude da justiça integralmente; limita-se, como dizíamos, à obra *externa* da justiça. Sua perspectiva é o direito como coisa devida e sua finalidade consiste em que cada qual tenha sua coisa. Seu objeto não consiste em que o homem se realize como pessoa sendo justo - isso cabe à Moral -, mas que cada homem tenha seu direito respeitado” (HERVADA, J. O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito; tradução Sandra Marta Dolinsky. - São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006, p. 134).

⁶⁴⁹ “... además de la relación ‘formal’ matemática y de los objetos ‘materiales’ que se representan en el modelo, la ‘economía’ tiene que considerar al sujeto de ella, las ‘personas humanas’ que, aunque se contemplan desde la reductiva ‘perspectiva económica’, tienen una naturaleza moral y en esto la ‘economía’ depende de la ‘antropología’ que la funde.” (FERNES, Antonio Segura. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica? Verbo. Verbo*, núm. 371-372 (1999), 79-126, p. 80).

⁶⁵⁰ “Conforme observado por VIGO, “[e]l punto anterior ha permitido concluir en la hoy visible y creciente creación jurisprudencial, lo cual termina potenciando la importancia y trascendencia de la actividad judicial. Esa judicialización de la vida social genera inexorablemente un Poder Judicial muy activo y presente que incluso tiene encomendada la poderosa misión de hablar en última instancia en nombre del poder constituyente. Por ese camino se tensa la división de poderes, pero sobre todo se pone en riesgo la previsibilidad jurídica a la que aspiran legítimamente todos los destinatarios del derecho vigente. No se trata de auspiciar una seguridad jurídica ficticia

possível a imprevisibilidade e, concomitantemente, evitando-se que a economia, requisitando uma autonomia que não lhe cabe, atue como causa eficiente de deletérias mudanças no tecido social e na transmutação do fim da comunidade política (de cada nação e do conjunto das nações). Só assim – em consideração à fundamentação e fim objetivos de toda normatividade (e, logo, da regulatória econômico-empresarial) – integrar-se-á um possível grau de previsibilidade e verdadeira segurança jurídica à justiça.

Em linha de conclusão, a segurança nas relações jurídicas em geral - e na seara econômico-empresarial em particular -, não se reduzindo ao seu atributo de previsibilidade, deve ser também “juridicidade substantiva”, o que supõe a atividade regulatória da lei positiva e decisões judiciais todas moralmente orientadas segundo o fundamento e fim objetivos impostos pela natureza das coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*). Em questões econômico-empresariais - seja na atividade regulatória da lei (*lato sensu*) positiva, seja na interpretação e deliberação judiciais -, rechaçando-se tanto os voluntarismos regulatórios (legislativo, público-administrativo e judicial) quanto o formalismo-mecanicista, com vistas ao bem comum e para a consecução da segurança jurídica integrada à justiça, há de guardar-se a necessária orientação ético/moral segundo o fundamento objetivo próximo de toda normatividade, a lei natural, em conformidade às exigências da essência/natureza racional do ser humano, por seu lugar na ordem de todas as coisas e por seu fim/bem (daí a urgência de uma adequada conformação ético-jurídico-política das atividades administrativas, legislativas e judiciais), realidades de cuja exata compreensão (pelos administradores, legisladores, juízes e juristas práticos ou teóricos) depende a observância e a promoção – com o auxílio de marcos regulatórios que lhes sejam deferentes - da dignidade humana⁶⁵¹ e do bem comum, fim da comunidade política.

e imposible a tenor de la referida moralización o principialismo jurídico y la importancia que tienen los contingentes hechos. Pero tampoco se trata de renunciar a la previsibilidad posible y confiar dogmáticamente en la solución que sólo conoce el juez que decidirá el caso. Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial.” (VIGO, Rodolfo Luis. *Ética Judicial cit.*, p. 5).

⁶⁵¹ Art. 1º, III, da Constituição Federal.

CAPÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA, CORRENTES IUSFILOSÓFICAS E ATIVIDADE INTERPRETATIVA.

Em uma época em que constituições, tratados e textos legais incorporam elevada carga ético-principlológica e inúmeras garantias, verifica-se o crescimento da interferência dos juízes em questões morais controversas, com reflexos no âmbito da economia e da autonomia contratual. O fenômeno atinge áreas variadas do direito e, logo, as questões jurídicas próprias às relações empresariais (as que envolvem empresas transnacionais, inclusive) e as concernentes à intervenção do Estado na regulação da atividade econômico-empresarial. Exemplificativamente, basta recordar como, nos dias correntes, as informações e dados (mais especificamente sua coleta, armazenamento, acesso, tratamento, compartilhamento, uso etc.) transmutam-se em enorme poderio econômico que atrai a atividade regulatória sobre novos conflitos que se traduzem em inúmeros litígios econômico-empresariais relacionados, dentre outros campos, à defesa do consumidor, ao trabalhista, à livre concorrência, ao meio ambiente, à soberania nacional e aos “direitos fundamentais”, esboroando fronteiras entre o direito público e o privado.

A Constituição da República Federativa do Brasil, tendo como um de seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana”⁶⁵², estabeleceu que a ordem econômica deve fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e perseguir, dentre outros objetivos, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erigindo como fundamentais princípios norteadores de toda atividade econômica, os quais devem ser compatibilizados com “garantias” e “direitos” constitucionalmente previstos, e, para além disso, com a normatividade que se extrai da própria natureza racional humana e de seu fim na ordem de todas as coisas.

Um quadro normativo a ser, portanto, observado por empresas nacionais e transnacionais no País atuantes e que acaba por redundar na intensificação da provocação do Judiciário para a solução de conflitos, fenômeno catalisado pelo modelo de controle de constitucionalidade adotado, tanto o concentrado, com ampla via de ação e pluralidade de legitimados, quanto o difuso.

⁶⁵² O reconhecimento da “dignidade da pessoa humana” ocupa de fato lugar central em muitas das constituições vigentes. Na República Federativa do Brasil, a propósito, a “dignidade humana” foi erigida a um de seus fundamentos. “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;”

A complexa realidade social, política e econômica – especialmente em tempos de *big finance, pharma, tech, data etc* e de desenvolvimento do que se tem denominado “inteligência artificial” - reflete-se em uma profusão de problemas regulatórios e de litígios e, dentre eles, aqueles de natureza econômico-empresarial relativos a empresas nacionais e transnacionais (muitos deles encerrando discussões novas), quadro que acentua o papel dos legisladores, dos administradores públicos e dos magistrados na solução de muitas e variadas questões, o que traz para o centro do debate o problema do fundamento de toda atividade regulatória e, a partir do aparato jurídico-normativo regulatório (muitas vezes lacunoso ou antinômico) e de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o da atividade interpretativa dos juízes, das metodologias de tomada de decisão e da discricionariedade judicial, âmbito no qual agudiza-se a crise de segurança jurídica.

A definição de interpretação jurídica – parece-nos possível isto assim indicar – está condicionada à visão teórica *iusfilosófica* de fundo a ser adotada quanto às relações entre direito e moral, quanto ao conceito de direito e de norma, quanto à sua função⁶⁵³ e, ainda, quanto ao que seja a própria interpretação: para alguns, é uma atividade pela qual se “conhece” um significado normativo verdadeiro e anterior dado pelo texto; para outros, uma atividade pela qual se “atribui”/“assinala”, por um ato de vontade, um significado normativo à disposição textual; ou uma atividade pela qual, por meio de admitidas regras de correção discursiva, “constrói-se” o significado normativo de uma disposição ou, ainda, eventualmente se “cria” uma norma sem que haja texto expresso (o que se daria, ilustrativamente, no caso da admissão de princípios implícitos); ainda, para outros, uma atividade que – referente aos primeiros princípios da razão prática – compreende que a interpretação/intelecção da lei (*interpretatio/intelectio legis*) é mera parte integrante da interpretação do direito (*interpretatio iuris*): considera-se a norma ato emanado da razão (suposto que não seja *corruptio legis*) mas que ostenta caráter meramente instrumental, uma medida do justo para o intérprete que, dela partindo, deve haurir seu verdadeiro sentido segundo a natureza das coisas na ordem de todas as coisas à luz dos primeiros princípios da razão e, observada a contingência factual (para o que concorre uma noção de experiência que não se reduz ao dado empírico, mas considera a totalidade da estrutura da realidade, da essência humana inclusive), extrair o justo concreto, valendo-se, eventualmente, da equidade.

⁶⁵³ “La intelección, la comprensión o entendimiento de las normas, es decir, el esclarecimiento de su certum - empleando terminología de Vico- dependerá, sin duda, del concepto que de ellas y de su función se tenga.” (GOYTISOLO, *Metodología Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 404).

Alheando-se por ora a celeuma conceitual acima indicada (e também aquela referente a se há ou não específica diferença metodológica entre a interpretação do texto constitucional e a das demais leis⁶⁵⁴), pode-se afirmar que por meio da atividade de interpretação jurídica praticamente orientada efetivamente são interpretadas disposições normativas (mas também o contexto fático) para imediatamente resolver-se algum problema prático relacionado a uma questão jurídica, provendo-se “*la justa configuración jurídica de um hecho*”⁶⁵⁵. Trata-se de uma atividade que – já se compreenda como ato de vontade e/ou de conhecimento, já se entenda ou não existente um fundamento genuinamente objetivo para a moral, para a política, para a economia e para o direito – contém (explícita ou implicitamente) e permite revelar compromissos éticos do intérprete.

CANALE e TUZET⁶⁵⁶ citam sete principais tipos de argumentos interpretativos: literal, a contrário, psicológico, teleológico, sistemático, mediante princípios, e *a simili*. A preferência por – ou prevalência de – um ou mais deles dependerá da concepção que muitas vezes se adota sobre a própria interpretação jurídica: assim, apenas exemplificativamente, correntes formalistas poderão enfatizar a interpretação por argumentos literais ou psicológicos (intenção do legislador); correntes não-formalistas/construtivistas privilegiarão argumentos teleológicos ou – rejeitando embora uma base onto-metafísica - mediante princípios; correntes pragmatistas privilegiarão tipos de argumentos que permitam buscar eficiência, mediante uma abordagem consequencialista eventualmente amparada pela análise econômica do direito, supondo uma noção instrumental do sistema jurídico para melhores relações custo-benefício, e assim por diante. Adversando essas propostas, o *iusnaturalismo* clássico, legatário do realismo onto-metafísico aristotélico-tomista, por sua vez apresenta sua sempre atual compreensão dos fenômenos moral e jurídico desde seu fundamento objetivo, permitindo integrar a segurança à justiça, na atividade interpretativa, para a determinação do direito.

De conseguinte, como diferentes tradições ou correntes *iusfilosóficas* apresentam concepções diversas sobre o tema da interpretação jurídica, também importa, para os fins desta investigação - no contexto da discussão relacionada à segurança e à discricionariedade judicial - relacionar certas correntes teóricas implicadas por algumas dessas tradições a concepções de

⁶⁵⁴ V. MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020, PP. 252/253.

⁶⁵⁵ GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Manuales de Metodología Jurídica. III. De la determinación del derecho*. Madrid: Fundación cultural de notariado, 2004, p. 279.

⁶⁵⁶ V. CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial*. Traducción Álvaro Núñez Vaquero. 1ª ed. – Lima: Palestra Editores, 2021, pp. 101 e ss..

interpretação, atividade que – reconheça-se ou não a existência de um fundamento genuinamente objetivo para a moral, para a política, para a economia e para o direito – acaba por revelar compromissos morais/éticos do intérprete.

Nessa trilha, relacionando o tema da interpretação jurídica e da tomada de decisão ao da segurança jurídica, é mister: i) abordar e relacionar, em contornos gerais (é dizer, sem abarcar com minudência metodologias específicas), certas correntes teóricas implicadas por algumas dessas tradições *iusfilosóficas* - alinhadas a formalismos ou realismos interpretativos – ao tema da interpretação jurídica, desvelando seus supostos filosóficos e as concepções morais que lhes estão subjacentes; ii) destacar, segundo o *iusnaturalismo* clássico, o que de fato é e como deve ser realizada a interpretação jurídica na atividade determinativa do direito, apresentando sua sempre atual compreensão do fenômeno moral e jurídico segundo o fundamento objetivo imposto pela essência/natureza das coisas, ancorando-se na perene tradição filosófica (aristotélico-tomista) para realçar uma filosofia jurídica que - assim recorda GOYTISOLO -, sem descuidar do elemento especulativo, não é, entretanto, uma filosofia das categorias e símbolos, mas a da realidade e, assim, coincide com a *iurisprudência*.

A discussão em lume, claro está, tem relevância jurídica para o tema da segurança jurídica, o que se maximiza em um contexto de intensa judicialização de conflitos (econômicos-empresariais inclusive) e de uma tendencial reaproximação metodológica – não raramente por caminhos pouco auspiciosos (já que com desprezo da metafísica) - entre moral e direito que se dá na esteira da positivação de princípios e de um revigoramento de seu papel na interpretação e nas metodologias de tomada de decisão propostas por novas concepções *iusfilosóficas* sobre a “razão prática”.

III.1 - FORMALISMO INTERPRETATIVO.

Não se olvida – e isto também recorda COMANDUCCI⁶⁵⁷ - a contraposição que se costuma fazer entre os modelos de tomada de decisão alinhados ao europeu continental (*rule decision making*) e aqueles alinhados à tradição anglo-saxã (*case decision making*), bem assim a ocorrência de pontos de aproximação – e mesmo integração - cada vez mais recorrentes entre

⁶⁵⁷ COMANDUCCI, Paolo. *La interpretación Jurídica*. In Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti (ed.) - *El realismo jurídico genovés* - Marcial Pons (2011), pp. 51-70, p. 63.

os arquétipos modelos na realidade jurídica contemporânea dos países alinhados a uma ou a outra tradição. Em ambos os contextos, frise-se, a discricionariedade judicial manifesta-se, em alguma medida, a depender de uma gama variada de fatores.

Abstraídas as significativas diferenças que grandes famílias ou tradições jurídicas - como as da “*common law*” e da “*civil law*” - encerram quanto ao papel das assim chamadas “fontes do direito” (na perspectiva do direito natural clássico, pareceria mais apropriado falar-se em “elementos mediadores entre a ordem da natureza das coisas e os fatos jurídicos”⁶⁵⁸) e quanto à função dos juízes, há no debate *iusfilosófico* uma linha de compreensão que classifica tendências formalistas ou realistas em interpretação.

Um quadro muito esquemático (que não abarca as divergências internas de cada corrente e os pontos de congruência entre várias teorias formalistas e realistas) apontaria como formalistas os que concebem a atividade interpretativa como voltada a descobrir dedutivamente o único significado verdadeiro ou próprio de uma disposição normativa, e/ou a determinar a verdadeira e unívoca vontade, ou intenção, do legislador. Nesse contexto, a fidelidade à lei corresponderia à adesão a um sentido univocamente pré-construído à interpretação e à “aplicação”⁶⁵⁹ judicial.⁶⁶⁰ Suporia uma espécie de cognitivismo interpretativo do texto legal.⁶⁶¹ Conforme apontado noutro estudo⁶⁶², o *iuspositivismo* - segundo CHIASSONI⁶⁶³ - viu a era do

⁶⁵⁸ A moderna perspectiva sobre “fontes do direito” é destacadamente nominalista e subjetivista e marcada pela confusão entre direito e lei (estendida, por vezes, aos costumes, à doutrina e à jurisprudência). Na tradição realista do direito natural clássico, em que se concebe o direito como a “própria coisa justa” devida em concreto, em contraposição a “fontes do direito”, VALLET DE GOYTISOLO adota a perspectiva dos “elementos mediadores entre a ordem da natureza das coisas e os fatos jurídicos”, é dizer, “instrumentos que servem para aproximar e facilitar a concreção em ato do que em cada caso determinado é justo”. A questão é de capital importância por ligar-se ao próprio conceito de direito. Veja-se: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”. Introducción a su estudio. Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 34, Nº 4, 1981, págs. 825-902; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, Nº 2, 2001, págs. 519-546.

⁶⁵⁹ Ver-se-á no tópico III.5 que, para a tradição *iusnaturalista* clássica, deve-se falar não em “aplicação”, mas em “determinação” do direito, da coisa justa, do justo concreto.

⁶⁶⁰ V. CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez e Maribel Narváez Mora. Marcial Pons: Madrid 2011*, p 161. Sob o ângulo de teorias modernas e contemporâneas e concernentemente a meta-jurisprudências formalistas e realistas, veja-se a introdução de Pierluigi Chiassoni à edição castelhana de *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y Métodos del Law & Economics en los EE.UU. Traducción de Félix Morales luna. Palestra Editores. Lima – 2013*.

⁶⁶¹ Nas palavras de MELLO, “O cognitivismo interpretativo sustenta, em síntese, que a interpretação é essencialmente uma atividade de descoberta do significado preexistente dos textos legais. O intérprete não dispõe, pensam os cognitivistas, de discricionariedade ou de liberdade de escolha entre diferentes significados quando interpreta os documentos normativos.” (MELLO, Cláudio Ari. *O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini*. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 187-244 | jul./dez. 2016, p. 193).

⁶⁶² Aqui nos referimos a “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel), ainda não publicado.

⁶⁶³ V. CHIASSONI, P. *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen*. Tradução: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello – São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 170/173 e 322 e ss..

“positivismo imperativista” e do “cognitivismo ou formalismo interpretativo”, segundo o qual a interpretação jurídica era compreendida como uma atividade puramente cognoscitiva de um sentido ou pensamento dado, com caráter não criativo, não volitivo e politicamente neutro: uma concepção mecanicista-logicista quanto à “aplicação” judicial do direito, típica do formalismo interpretativo característico que predominou no sec. XIX, cujas teorias mais ilustrativas são a Escola da Exegese⁶⁶⁴ e a Escola Histórica do Direito e que se caracterizavam por uma visão abstrata e a-histórica do raciocínio jurídico, segundo a qual a interpretação dos documentos legislativos deve ser uma atividade não evolutiva e não valorativa, cujo resultado - tanto em relação ao significado dos textos legislativos quanto ao que concerne à intenção/vontade objetiva e subjetiva do legislador – tem valor de verdade e deve ser unívoco e determinado, fiel a um sentido ou pensamento dado e total e univocamente pré-construído à sua interpretação e aplicação judicial. Uma visão sobre a interpretação que invoca a neutralidade do intérprete e rechaça (ao menos declaradamente) eleições de vontade e opções políticas no ato decisório, tomando-se o direito positivo por um sistema concebido como completo (sem lacunas reais), revelando-se, sob o aspecto interpretativo, uma faceta do cognitivismo jurídico interpretativo (formalismo interpretativo e argumentativo) que prescreve o que o intérprete deve fazer: descobrir o significado único, verdadeiro e objetivo dos textos legais.

VIGO expõe:

*“En ese paradigma, como es suficientemente sabido, las soluciones jurídicas las brindaba en exclusividad el legislador y a tenor de la presunción de un ‘legislador plena y perfectamente racional’ la tarea judicial carecía de toda dimensión creadora y se reducía a transitar formalmente el camino del silogismo. Recordemos que el objeto de la interpretación jurídica era ‘reconstruir el pensamiento del legislador insito en la ley’ (Savigny) o, más vulgarmente, ‘desentranar el sentido de la ley según lo pretendido por el legislador’; y a tales fines debía valerse de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) que aseguraban un cumplimiento fiel del juzgador a su mandato. El momento ‘creador del derecho’ se subsumía en la ‘voluntad del legislador’ y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia físico-matemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores”.*⁶⁶⁵

Ainda, segundo CANALE:

⁶⁶⁴ Se bem a posição da Escola da Exegese encontrasse forte eco nas Faculdades de Direito, a realidade dos Tribunais era diversa: “*Esta concepción fue la que seguiría la escuela de la exégesis que imperó medio siglo en la enseñanza de las facultades de derecho y en los tratados franceses, aunque realmente nunca se siguió por juzgados y tribunales, ni por la Cour de Cassation*”. (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, ISSN 0210-4121, N° 76, 1999, págs. 543-578, p. 544).

⁶⁶⁵ VIGO, Rodolfo Luis. *Ética Judicial e Interpretación Jurídica; Quaestio Iuris* vol.01, n° 02, Rio de Janeiro, 2005, pp. 1-26, p. 4.

“La doctrina del silogismo judicial del siglo XVIII, orientada a promover principios que habrían caracterizado después al modelo de Estado de derecho, fue transformada, de este modo, en una verdadera ‘ideología legalracional’, dirigida a representar la sentencia judicial como la consecuencia de un proceso meramente declarativo y cognoscitivo, y no como el resultado de una decisión fruto de elecciones discrecionales.”⁶⁶⁶

MELLO assim sintetiza as principais teses formalistas:

“(a) o direito é um sistema autônomo, completo e coerente de normas jurídicas, que regula direta ou indiretamente a totalidade da vida social; (b) o significado do comando normativo das normas jurídicas está suficientemente definido no texto que prevê a norma; (c) a atividade de aplicação das normas jurídicas é meramente declaratória ou cognitiva, ou seja, exige que o aplicador interprete as disposições legais para descobrir o significado já contemplado no texto normativo a ser aplicado; (d) a atividade de aplicação de normas jurídicas é essencialmente dedutiva ou subsuntiva, cabendo ao aplicador usar a dedução lógica para extrair da norma a única resposta certa oferecida pelo sistema jurídico; (e) como o direito é um sistema autônomo, a aplicação de normas jurídicas não exige que o aplicador recorra a razões não jurídicas para a compreensão do significado da norma, como razões morais, políticas e econômicas; (f) o aplicador de normas jurídicas não dispõe de discricionariedade para escolher diferentes significados na interpretação da norma ou para criar direito novo, não compreendido expressa ou implicitamente na linguagem das disposições legais; (g) eventuais lacunas no direito devem ser resolvidas mediante analogia com outras normas já existentes no sistema jurídico.”⁶⁶⁷

Aponta MELLO que, para o formalismo interpretativo, sendo claro e preciso o texto, sequer uma interpretação é necessária; caso, no entanto, apresente equívocidade, os métodos ou diretrizes de interpretação tradicionais (em geral indicados como o linguístico, o genético, o teleológico e o sistemático) possibilitariam ao intérprete extrair o único e verdadeiro significado do texto.⁶⁶⁸

Um histórico e paradigmático exemplo da posição formalista em matéria de interpretação pode ser extraído do artigo escrito por Christopher Columbus LANGDELL, intitulado “*The Northern Securities Case and the Sherman Anti-Trust Act*”, publicado na *Harvard Law Review*⁶⁶⁹.

No contexto do surgimento de grandes fortunas, da concentração do poder econômico e de suas implicações para a livre concorrência, o congresso norte-americano editou, em 1890, o “*Sherman Anti-trust Act*”. Aponta DINIZ que, nos anos seguintes à edição da “Lei Sherman”, seguiram-se julgamentos que interpretaram o estatuto normativo no sentido de que acordos para

⁶⁶⁶ CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, p. 23.

⁶⁶⁷ Cfr. MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 255/256.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, pp. 256/258.

⁶⁶⁹ LANGDELL, C.C., *The Northern Securities Case and the Sherman Anti-trust Act*, *Harvard Law Review*, XVI, n. 8 (1903).

combinar preços seriam considerados ilegais, mas a concentração empresarial mediante aquisição de ações ou de estabelecimentos não infringiria a lei, o que acabou por permitir, entre 1895 e 1904, muitas fusões e aquisições de empresas, resultando em acentuada diminuição da concorrência em várias atividades empresariais.⁶⁷⁰ A Suprema Corte viria então a apreciar, em 1904, a ação⁶⁷¹ movida pela União contra a formação – por empresas até então concorrentes - de uma *holding* no setor ferroviário, a *Northern Securities Company*, deliberando, por maioria, pela ilicitude da operação, por encerrar uma restrição à atividade econômica ao destruir a competição. Com a solução dada ao caso, proteger a competição econômica alcançaria relevância constitucional, ainda em face do direito de propriedade: um marco tanto em matéria concorrencial - rompendo-se fronteiras entre o direito público e o privado – quanto em matéria de interpretação, ao contrariar tendências formalistas como a defendida por Christopher Columbus LANGDELL.

Com efeito, um ano antes, LANGDELL escrevera o supramencionado artigo no qual argumentou que uma anterior decisão sobre a aplicação do “*Sherman Anti-trust Act*” (tomada pela “*United States Circuit Court of Appeals for the eighth circuit*”) não encontrava apoio no instrumento legal e que o decreto da Corte terminou proibindo algo que não estava proibido pelo estatuto: a aquisição de ações – argumentou LANGDELL -, apesar de criminalizada pelo “*Sherman Anti-Trust Act*”, não podia caracterizar um impedimento à propriedade dos títulos por parte da *Northern Securities Company*, pois – dentre outros argumentos - não haveria base para impugnar o título da pessoa que o adquiriu (no caso das ações, ninguém se opôs com um título de propriedade à *Northern Securities Company*) e, portanto, a aquisição das ações por parte da companhia não constituía nem podia constituir um ilícito civil. Para LANGDELL, o argumento do Tribunal - de que foi autorizado pelo “*Sherman Anti-Trust Act*” - aparentemente baseou-se na teoria de que o Congresso teria tido a intenção de autorizar qualquer procedimento que a Corte considerasse necessário para cumprir com os propósitos da Lei. LANGDELL, contudo, sustentou que a autorização do legislador devia significar apenas o que foi dito, e que o Congresso, ao conferir, pela Lei em questão, autoridade às Cortes, utilizou uma linguagem tão clara e explícita que não deixou lugar a dúvidas sobre seu significado, o que deveria evitar qualquer extensão desse significado por interpretação ou construção. Para mais, criticou a Corte

⁶⁷⁰ V. DINIZ, Davi Monteiro. Complementar as leis existentes contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Clayton 1914. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 75, pp. 155-180, jul./dez. 2019; DINIZ, Davi Monteiro. Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 73, pp. 173-204, jul./dez. 2018.

⁶⁷¹ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

por adotar, conscientemente ou não, a teoria de que “os fins justificam os meios”, algo que, para ele, destruía o princípio de justiça, apontando que o decreto da Corte consubstanciara um mero ato de poder arbitrário e totalmente sem justificação ou escusa. O artigo de LANGDELL, enfim, rechaçava que a interpretação pudesse dar-se de maneira extensiva ou construtiva, ou que se permitisse uma eleição política, e compreendia que a partir da atividade interpretativa dever-se-ia extrair o unívoco sentido das disposições da “Lei Sherman”.

III.2 - REALISMO INTERPRETATIVO (PRAGMATISTA/EMPIRISTA).

Ao formalismo e conceitualismo *iuspositivista* oitocentista reagiram (na doutrina e nos tribunais) escolas *iuspositivistas* realistas⁶⁷² de base empirista/pragmatista (dentre elas, a americana, a escandinava e a genovesa). Buscando descrever o que os intérpretes realmente fazem⁶⁷³ e céticos quanto à objetividade/determinação dos sentidos da linguagem, essas correntes não concebem a aplicação do direito segundo um formalismo silogístico-mecânico e adotam uma perspectiva não-cognitivista (dita cética ou realista, ou ao menos eclética) em matéria de interpretação, encampando a noção de que a interpretação é um ato essencialmente volitivo, implicando uma eleição (ainda que inconsciente), por parte do intérprete, que determina ou assinala significado a uma disposição normativa⁶⁷⁴ (em regra passível de plurissignificação), segundo concepções filosóficas ético-políticas diversas, variados métodos

⁶⁷² Sobre a compatibilidade entre positivismo jurídico (metodológicos) e realismo em matéria de interpretação, veja-se MELLO: “É perfeitamente possível sustentar uma teoria positivista do direito e rejeitar, em maior ou menor medida, o formalismo jurídico, como, aliás, fizeram alguns dos principais teóricos positivistas do século XX, como Alf Ross, Hans Kelsen e H. L. A. Hart. Ver ROSS, Alf. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2003; KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.”. (MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 254/255, nota 4).

⁶⁷³ “Tratar-se-ia de uma teoria realista precisamente porque ela se limita a descrever o modo como a interpretação jurídica realmente se apresenta na experiência empírica, sem propor uma teoria normativa sobre a interpretação.” (MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, p. 261)

⁶⁷⁴ Segundo uma concepção muito cara ao enfoque analítico do direito, as normas não se confundiriam com as disposições/proposições: aquelas seriam o produto do processo interpretativo destas. MELLO recorda GUASTINI: “Ricardo Guastini chama essa operação de atividade interpretativa ou processo de interpretação”. (V. MELLO, Claudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. Repro. vol. 255. Maio de 2016).

hermenêuticos e em consideração à vagueza e à ambiguidade da linguagem⁶⁷⁵ jurídica, ao discurso das fontes, à doutrina, às circunstâncias históricas, espaciais, culturais, políticas etc..⁶⁷⁶

Ilustra essa perspectiva – absoluta (ou ao menos relativamente) cética sobre a capacidade das normas escritas de determinar efetivamente as decisões judiciais - o protorealismo pragmatista de Oliver HOLMES JR., o qual embora afirmando que

“A linguagem da decisão judicial é sobretudo a linguagem da lógica” e que “a forma e o método lógico favorecem essa ânsia de certeza e repouso que está em toda mente humana”,

continuará para dizer:

“Mas a certeza é, em geral, ilusão, e repouso não é o destino do homem. Por trás da forma lógica está um julgamento quanto ao valor relativo e à importância de competir em terrenos legislativos, muitas vezes um julgamento inarticulado e inconsciente, é verdade, e no entanto a própria raiz e nervo de todo o procedimento. Pode-se dar uma forma lógica a qualquer conclusão.”⁶⁷⁷

Sobre ser a decisão uma opção do intérprete, uma escolha que está, inclusive, sujeita a muitos fatores contingentes, expôs o jurista norte-americano:

“Essas questões são de fato campos de batalha onde não existem os meios para determinações que sejam boas o tempo todo, e onde a decisão não pode fazer mais do que encarnar a preferência de um conjunto dado, numa época e lugar dado. Não percebemos que uma grande parte de nossa lei está aberta à reconsideração com uma leve mudança de hábito na mente pública.”⁶⁷⁸

HOLMES JR., com efeito, deixa transparecer ceticismo quanto à teoria “hobbesiana” do direito como derivado de ato do soberano, afirmando: “Vocês podem supor, como Hobbes, Bentham e Austin, que toda lei emana do soberano, mesmo quando os primeiros seres humanos

⁶⁷⁵ MELLO, referindo-se ao realismo interpretativo de Riccardo GUASTINI, expõe: “Outro pressuposto teórico do pensamento do autor consiste no ceticismo semântico acerca da linguagem em geral e dos textos jurídicos em particular. Guastini entende que a linguagem natural humana não possui significados objetivos, intrínsecos ou imanentes, que possam ser descobertos por meio de uma atividade cognitiva. Todo discurso linguístico é indeterminado em maior ou menor medida, porque a linguagem é sempre equívoca, vaga, imprecisa ou ambígua, e comporta sempre uma multiplicidade de significados. Os textos normativos jurídicos são, portanto, dotados de uma inescapável indeterminação semântica e por isso estão sempre sujeitos a controvérsias interpretativas, que não podem ser evitadas, embora possam ser resolvidas. Quem define o significado de um texto é, ao fim e ao cabo, o seu intérprete. A interpretação é essencialmente a atividade de atribuir um significado a algo, inclusive a textos. Antes da interpretação, o texto não possui um significado. É o intérprete que confere a ele um ou mais significados.” (MELLO, Cláudio Ari. *O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini cit.*, pp.197/198).

⁶⁷⁶ V. CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica...*, pp. 161/164.

⁶⁷⁷ V. HOLMES JR., O. W. “O Caminho do Direito” em “Os Grandes Pensadores do Direito” *cit.*, p. 431.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 431.

que a enunciem são juízes, ou podem pensar que a lei é a voz do *Zeitgeist*, ou o que bem entenderem.”⁶⁷⁹

No paradigmático caso *In re Municipal Suffrage to Women*⁶⁸⁰, a posição de HOLMES JR. a esse respeito evidencia-se. Nesse julgamento, por maioria (quatro juízes), a Corte Suprema de Massachusetts emitiu uma opinião consultiva - em resposta à Câmara de Representantes do Estado - no sentido de que, em uma lei que outorga o sufrágio feminino, seria inconstitucional prever que entraria em vigor depois de sua aceitação pela maioria dos votantes. HOLMES divergiu da maioria. A confrontação entre a posição da maioria e a da minoria (esta última condensada nas respostas de HOLMES) pressagiou algo da disputa entre dois modelos jurisprudenciais. Ou, para dizê-lo de outra maneira, o realismo precursor de HOLMES pressagiou a confrontação entre o modelo formalista e os variados modelos realistas⁶⁸¹ (pragmatistas/empiristas) que se desenvolveriam, nos Estados Unidos, no curso do século XX. Desde o ponto de vista da crítica *iuspositivista* realista (pragmatista/empirista), a posição majoritária (formalista) - ainda que nominalmente negasse a possibilidade de eleição subjacente ao ato de tomada de decisões - também implicaria uma eleição no ato de interpretar, uma opção para preservar certos fins, valores e interesses, que, no caso, corresponderiam, especialmente, em primeiro lugar, a uma concepção particular sobre a não participação das mulheres como eleitoras nos processos eletivos municipais e, em segundo lugar mas não menos importante, às noções políticas de soberania (próxima ao absolutismo inglês) e democracia (algo reticente à participação popular direta).

O raciocínio de HOLMES refletia uma nova postura que começava a tomar forma na doutrina e nos tribunais e adversava o formalismo jurídico até então prevalecente: construía-se segundo uma visão não puramente cognitiva da interpretação judicial, dita mais contextualizada e funcionalista, que reconhecia à experiência (ainda que reduzida conceitualmente, é dizer, reduzida a seus elementos empíricos) papel mais relevante, na “vida do direito”, do que à lógica (subsuntiva-silogística)⁶⁸², e que a interpretação implicava, na tomada de decisões, eleições de

⁶⁷⁹ *Ibidem.*, p. 430.

⁶⁸⁰ *In re Municipal Suffrage to Women*, 160 Mass. 586, 594 (1894). A. Lief (edited by), *Representative Opinions of Mr. Justice Holmes*, Westport, Greenwood Press, 1971 (first edition: New York, The Vanguard Press, 1931), pp. 297/300.

⁶⁸¹ Exemplificativamente, confira-se ainda: Benjamin Cardozo e John Dewey [CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process* (1921) in M. E. Hall, *The Choice of Tycho Brahe. Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, Fallon Publications, 1947; DEWEY, John. *Logical Method and Law*, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, pp. 17- 27].

⁶⁸² Tendências analíticas mais modernas buscarão de algum modo conciliar - no raciocínio jurídico e argumentação - a lógica silogística e a discricionariedade judicial (as opções políticas de que se reveste a atividade interpretativa). Veja-se, a respeito: CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico*. In *En busca de lo implícito: ensayos sobre*

vontade e opções políticas por parte do intérprete, que empregaria técnicas para atribuir um sentido às disposições jurídicas e determinar ou assinalar significado a uma disposição.

Nessa linha pragmatista, outra personalidade representativa do realismo jurídico norte-americano, em uma vertente inclinadamente sociológica, é Benjamin CARDOZO. Para o autor⁶⁸³ – e isto se dá no contexto do *Common Law* - o direito criado pelos juízes é uma das realidades da vida e algum princípio, mesmo que não confessado, inarticulado e subconsciente, guia a eleição subjacente à decisão, de modo a ser necessário distinguir as razões e os motivos conscientes das razões e motivos subconscientes (que, apesar de mais sutis, guiariam a decisão do juiz). CARDOZO assinala que embora HOLMES JR. recordasse que o direito tem sido experiência, não disse que a lógica deva ser ignorada, pois o “método da filosofia” (lógico) seria o sistema de investigação padrão dos tribunais visando a eliminar o acaso e conferir aos assuntos humanos tratamento uniforme e imparcial, ainda que não se possa prescindir de outros ramos da teoria do direito para alcançar soluções satisfatórias aos problemas jurídicos. De todo modo, o “método da lógica” (ou da filosofia) – como assim o denomina o autor – deveria ser concebido como um sistema de investigação entre outros, tais o “método histórico” - que em muitas áreas e para muitos institutos jurídicos poderia aclarar o caminho da lógica -, o “método da tradição”⁶⁸⁴, já que o costume se usa tanto para a criação de novas normas como para buscar critérios e padrões de aplicação das normas já estabelecidas (o que se faria fortemente presente em campos como o do direito comercial/empresarial, afetado por avanços tecnológicos que deram lugar a novas práticas e costumes, originando um novo direito) e se identifica com a moral habitual, o padrão prevalecente de conduta, pelo que o método da tradição estaria relacionado ao “método da sociologia”, pois ambos manteriam a interação entre conduta e ordem, entre a vida e a lei.

Sem embargo, há - diz CARDOZO - situações nas quais necessidades sociais exigirão uma decisão em lugar de outra, uma situação em que será necessário deformar a simetria, ignorar a história e sacrificar o costume em busca de outros e maiores fins, emergindo o que seria a força que se converte na maior de todas, o poder da justiça social que encontra expressão

razonamiento e interpretación del derecho; editor Diego Moreno Cruz ; traducción Pedro Caballero Elbersci [y otros tres]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.

⁶⁸³ Confira-se a edição em língua portuguesa: CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale; Tradução de Silvana Vieira. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁶⁸⁴ CARDOZO assim o faz, mas aponta, por outro lado, que a influência do “costume” seria menor que no passado, assinalando o pensamento de POUND de que o costume é um costume de decisão judicial, não da prática popular, e a advertência de GRAY segundo a qual seria duvidoso se em todas as etapas da história jurídica não foram as normas formuladas pelos juízes as que geraram o costume, em lugar de ter sido o costume a gerar as normas.

no “método da sociologia” e que visaria ao que o autor aponta como causa última do direito, o bem-estar da sociedade. Este último método exsurge, assim, para o autor, como instrumento pelo qual o propósito do direito determina a direção de seu crescimento, de sorte que a concepção teleológica da função de julgar (e de eleger a melhor decisão) sempre deverá estar na mente do juiz, de tal maneira que a filosofia jurídica do *Common Law* seja, no fundo, a “filosofia do pragmatismo”, e que sua verdade seja relativa, não absoluta.

Para CARDOZO, a verdade sobre a função dos juízes estaria a meio caminho entre as teorias de que o juiz não legisla de nenhuma maneira e as teorias que sustentam que as leis escritas e costumes não são direito ao menos que sejam adotados pelos tribunais. Diz o autor que o poder de interpretação deve ser alojado em algum lugar, e a prática da Constituição o atribuiu aos juízes. Os primeiros três métodos – da filosofia (lógica), da história e do costume (tradição) – teriam seu lugar, mas deveriam, segundo o autor, ceder ao propósito para o qual serviria o direito, cujos fins não poderiam ser superados pelo formalismo. Saber qual método prevalecerá em cada caso dependeria da predileção do juiz ou de sua formação, é dizer, das forças mencionadas que atuam inconscientemente na criação do direito. Qual destas forças dominará em cada caso dependeria, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que se promoveriam ou prejudicariam com a decisão que se elege.

Ainda no contexto do realismo norte-americano, GRAY⁶⁸⁵ chega a afirmar que, no sistema da *Common Law*, os juízes “fazem o direito”. As leis escritas não constituiriam, para ele, o direito, já que são os tribunais que determinam o significado das leis, de modo que o direito – na visão de GRAY - é o que declaram os juízes (as leis escritas, os precedentes, a doutrina, os costumes e a moral seriam as fontes do direito).

Destaca CHIASSONI⁶⁸⁶, de uma forma esquemática, que, adversando o formalismo, correntes realistas de corte pragmatista/empirista concebem que normas gerais e precedentes não determinam automaticamente sua aplicação a casos individuais, reconhecendo essa aplicação como um ato de vontade e/ou de criação. Supõem, assim, o não-cognitivismo interpretativo: não havendo uma verdade unívoca a ser desvelada pelo ato interpretativo, a decisão é considerada fundamentalmente um ato da vontade.

⁶⁸⁵ V. GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. (1909, 1921), selected pages from W.W. Fisher, M.J. Horwitz, T.A. Reed (edited by), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 34-38.

⁶⁸⁶ V. CHIASSONI, P. O enfoque analítico *cit.*..., pp. 517/520.

Para o realismo interpretativo, segundo MELLO,

“O resultado dessa atividade [interpretativa] é a produção de uma norma jurídica. (...) Interpretar é atribuir um significado aos textos, um sentido que pode apenas estar sugerido neles, mas que só é acertado no processo de interpretação, que produz um significado definitivo, expresso na norma jurídica que resulta da atividade interpretativa”, já que “... um texto pode sugerir diversas alternativas de significado, e a eleição de um deles é sempre uma decisão do intérprete.”⁶⁸⁷

A atividade interpretativa⁶⁸⁸ – metodológica e cognitivamente – primeiro conjecturaria todos os significados de uma proposição, “uma pluralidade de significados alternativos” juridicamente corretos, mas depois se revelaria - ao “propor e/ou utilizar um dos significados” (uma questão de “política do direito” ou “metajurídica”) - fundamentalmente um “ato de vontade”⁶⁸⁹, uma “opção política”, uma “eleição”⁶⁹⁰.

CANALE⁶⁹¹ - partindo da visão *iusrealista* e analítica em lume – diz que a norma jurídica individualizada aplicável ao caso seria obtida desde várias eleições discricionárias

⁶⁸⁷ V. MELLO, Claudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação *cit.*

⁶⁸⁸ V. CHIASSONI, P. O enfoque analítico *cit.*..., pp. 486/490.

⁶⁸⁹ Diz MELLO, sobre o realismo interpretativo sustentado por GUASTINI: “Segundo o autor, ‘o núcleo da tese realista é que a interpretação (decisória) é ato discricionário – para dizer com Kelsen: ato de vontade, não de conhecimento -, assim que as decisões interpretativas não são nem verdadeiras nem falsas’ (2011a, p. 426).” (MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini *cit.*, p. 219, nota 69).

⁶⁹⁰ Sobre a existência – na teoria de GUASTINI - de uma inconsistência da divisão analítica da atividade interpretativa em fases estanques de conhecimento do conjunto dos significados possíveis e de eleição posterior de um deles, veja-se a crítica reproduzida por MELLO: “...sendo a disposição escrita em linguagem natural e estando, por isso, sujeita à inescapável equivocidade e indeterminação de seu significado, então é perfeitamente possível que haja controvérsia interpretativa sobre quais são os significados que podem ou não ser considerados como ‘atribuíveis’ ao texto. Nesse caso, como adverte Giorgio Pino, o intérprete terá que ‘escolher’ o melhor conjunto de significados possíveis, isto é, a melhor ou a mais razoável moldura, entre as diferentes candidatas, já que não existe nenhum critério meta-textual infalível que permita aferir qual é a moldura efetivamente certa e qual a errada. Por conseguinte, já na própria fase de interpretação cognitiva haveria um elemento de interpretação decisória, na qual o intérprete exerceria seu poder de escolha, o que embaraça a estrutura analítica da teoria da interpretação do autor, que distingue rigorosamente as duas fases como duas atividades de naturezas diferentes – a primeira cognitiva, a segunda volitiva.” (MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini *cit.*, pp. 222/223).

⁶⁹¹ “La norma individualizada por el juez para disciplinar el caso es, como ha sido mencionado precedentemente, el resultado de una serie de elecciones discrecionales. Entre las cuales es útil recordar: 1) la elección de las fuentes del derecho vigente, que son relevantes respecto a la cuestión jurídica considerada (e.g. la ley ordinaria, un decreto-ley, una costumbre, una directiva o un reglamento comunitario, etc.); 2) la elección de las disposiciones normativas aplicables que en un primer y veloz examen disciplinarían el caso (...); 3) la interpretación de esta disposición, mediante la cual se individualiza la norma que será aplicada al caso (...); 4) la solución de eventuales conflictos entre normas, cuando más de una norma discipline el mismo caso de manera incompatible, o la integración de eventuales lagunas normativas, cuando el caso no esté regulado por una norma, o incluso la identificación de excepciones a la aplicación de la norma identificada por medio de la interpretación. Para justificar estas diversas elecciones, el juez se vale de directivas que disciplinan la actividad interpretativa. Tales directivas son de naturaleza diversa: algunas de ellas están constituidas por normas extraídas de disposiciones jurídicas (...); otras, en cambio, han sido elaboradas por la ciencia jurídica, por la doctrina y por la jurisprudencia; otras, incluso, constituyen la expresión de principios y valores de tipo moral, político o religioso a los cuales el juez adhiere. Estas directivas guían el razonamiento interpretativo, en el sentido de que son observadas por el juez para justificar la elección de la norma aplicable al caso de modo que esta sea considerada válida, correcta o justa por los destinatarios de la decisión, es decir, por las partes del proceso, por otras cortes que en el futuro podrían pronunciarse sobre el mismo caso o sobre casos similares, por la ciencia y doctrina

levadas a efeito na motivação/raciocínio jurídico pelo intérprete, eleições que se orientam pelo uso de diretivas interpretativas que se apresentam sob a forma de argumentos interpretativos.

Mesmo no caso da aplicação de um precedente, a existência de uma “eleição política” pelo juiz estaria presente. LLEWELLYN⁶⁹² afirmou, nesse contexto, que a jurisprudência está, e sempre esteve, em um processo constante de mudança. Porém – reflete o jurista – deve-se saber para onde se quer ir antes de se poder usar os precedentes de maneira efetiva, já que ainda que os precedentes possam impor limites ao juiz, não podem privá-lo de sua eleição. Dessa maneira - para LLEWELLYN - uma decisão sobre política segue inevitável, porque os precedentes são multiformes, ambíguos e nunca fixos; e porque as técnicas consagradas pela tradição para tratá-los (totalmente inerentes ao princípio do “*stare decisis*”) permitem extrair, do mesmo conjunto de precedentes, qualquer de uma dezena de conclusões ou regras diferentes. O autor assinala que apenas o que se pode lograr com a intenção - seguindo o precedente - de eliminar problemas de política é economizar esforço e evadir-se à responsabilidade, na medida em que se toma uma decisão cega sobre a política ao invés de uma inteligente, quando, de fato, é este um esforço necessário e uma responsabilidade inerente à atividade do juiz, cuja função mesma seria a sábia eleição da política.

Ainda sobre o tema dos precedentes e desde uma perspectiva realista-empirista, NÚÑEZ VAQUERO⁶⁹³ revela um olhar cético: se reconhece, por um lado, o caráter instrumental das regras de precedente para a funcionalidade dos ordenamentos jurídicos, aponta, por outro, que tanto a identificação da *ratio decidendi* quanto as condições de sua aplicação – atividades, para o autor, em nada mecânicas - remanesceriam “altamente indeterminadas”, implicando múltiplas escolhas de caráter não técnico e não descritivo, quadro no qual a discricionariedade, ainda que reduzida sob uma perspectiva global, deslocar-se-ia da

jurídica, y también por la opinión pública. Entonces, bajo este perfil, las directivas interpretativas no expresan reglas idiosincráticas, que reflejan los deseos o estados emotivos de un singular individuo, sino que se presumen ampliamente compartidas dentro de una comunidad jurídica. Dichas directivas se presentan habitualmente bajo la forma de argumentos interpretativos...” (CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 46/46).

⁶⁹² LLEWELLYN, Karl N.. *A Note on Precedent, selected pages from Legal Tradition and Social Science Method. A Realist's Critique (1931)*, in Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago & London, Chicago University Press, (pp.77- 100), note 8, pp. 90-91.

⁶⁹³ NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Sin Precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 127-156. Diz o autor: “*Mis conclusiones no son, en este sentido, de rechazo a la regla del stare decisis. Se ha mostrado con claridad que seguir el precedente es cualquier cosa menos una actividad mecánica. Por el contrario, implica múltiples decisiones basadas en última instancia en consideraciones de carácter no técnico o no descriptivo. En este sentido, es importante señalar que si lo que se pretende es reducir la discrecionalidad judicial al mínimo, la regla del precedente no es precisamente un óptimo como mecanismo. Antes bien, en lugar de eliminar la discrecionalidad judicial, lo que hace es transformarla, convirtiendo tal discrecionalidad en un amplio margen de apreciación acerca de la propia regla del stare decisis y de la conveniencia o no de seguir la misma ratio decidendi*” (p. 154)

interpretação dos enunciados normativos e da invocação dos princípios para a apreciação e aplicação de regras de *stare decisis* e da *ratio decidendi* nas deliberações dos órgãos decisórios.

MELLO assim sintetiza as objeções realistas (realismo de base filosófica empirista/pragmatista) ao formalismo jurídico:

“(a) As normas jurídicas escritas são sempre dotadas de indeterminação semântica e, por isso, a atividade de aplicação dessas normas nunca é mecânica, dedutiva ou silogística, já que exige ou, no mínimo, permite que o intérprete decida discricionariamente que significado dará aos enunciados normativos dos textos jurídicos. (b) Como as normas jurídicas são semanticamente indeterminadas e, por isso, insuficientes para conduzir a decisão judicial, o sistema jurídico não oferece uma única resposta certa para cada caso, razão pela qual os juízes têm o poder de criar direito, não se restringindo a serem meros aplicadores de um direito preexistente. (c) O contexto fático sobre o qual as normas incidem é tão decisivo para o raciocínio jurídico empregado em decisões judiciais quanto os textos dos enunciados normativos; isso ocorre seja porque os enunciados normativos são abstratos e seu significado normativo concreto só pode ser definido no confronto com a realidade fática do contexto de aplicação, seja porque o processo de decisão judicial sempre começa a partir dos estímulos disparados por fatos concretos e só depois encontra as normas jurídicas abstratas que justificarão a decisão. (d) Elementos subjetivos do juiz são determinantes para a decisão judicial, tais como idiossincrasias e circunstâncias pessoais, características psicológicas, interesses corporativos ou classistas, valores morais, concepções econômicas e ideologias políticas.”⁶⁹⁴

KELSEN, com efeito, afirmara que

“A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, p. 256.

⁶⁹⁵ V. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 248/249.

Diante disso, MELLO⁶⁹⁶ sublinha que, em KELSEN, a norma (a individual, produto da aplicação da lei ao caso, inclusive) é ato da vontade da autoridade, que escolhe discricionariamente entre as diversas possibilidades interpretativas (a atividade cognitiva se reduziria ao conhecimento destas possibilidades). Nesse passo, as autoridades, por um ato da vontade, elegeriam o significado, ainda que recorrendo a razões extrajurídicas (como princípios morais) que orientam mas não alteram o caráter “voluntarista” da decisão, a qual (quando feita por órgãos jurídicos - “autêntica”) efetivamente “criaria” o direito.⁶⁹⁷

O caráter discricional e essencialmente volitivo para a atividade interpretativa e decisória, conforme concebida por KELSEN, é também apontado por outros autores.

GOMETZ⁶⁹⁸, no contexto da análise que apresenta sobre a segurança/certeza como previsibilidade, afirma que, para KELSEN, a norma jurídica nunca determina completamente

⁶⁹⁶ “Para Kelsen, um enunciado normativo do direito positivo é apenas uma moldura (*Rahmen*) que permite ao seu intérprete extrair diversas interpretações, que, por sua vez, levam a diferentes propostas de normas jurídicas. (...) Assim, as normas legais são atos de vontade que resultam de uma escolha que os legisladores fazem entre as diversas possibilidades de interpretação de uma ou mais normas constitucionais. Uma decisão judicial constitui uma norma jurídica que é o significado objetivo de um ato de vontade do juiz, consistente na escolha de uma, entre diversas possibilidades de interpretação das normas constitucionais ou legais que incidem no caso em julgamento. (...) As propostas de interpretação são o produto de uma atividade cognitiva, porém a escolha entre elas é sempre um ato de vontade. (...) para Kelsen a atividade cognitiva do juiz se encerra na compreensão das diversas possibilidades de interpretação de um dispositivo legal. (...) A atividade de aplicar uma dessas propostas interpretativas não é um ato de cognição, mas um ato de vontade do juiz, que escolhe discricionariamente entre as interpretações possíveis. Essa compreensão da interpretação jurídica decorre de duas formas de ceticismo assumidas por Kelsen: ceticismo semântico, segundo o qual a linguagem humana é sempre imprecisa e jamais comporta um significado determinado; e o ceticismo epistemológico, segundo o qual não existem verdades objetivas acerca dos conceitos ou termos utilizados pelos enunciados jurídicos. A compreensão que se tem deles é sempre fruto de uma decisão subjetiva daquele que os aplica. (...) É claro que, ao interpretar um enunciado normativo das fontes do direito, o juiz poderá valer-se de princípios de justiça, valores morais, valores sociais, interesses públicos, objetivos econômicos. Nenhuma dessas instâncias pertence ao sistema jurídico, salvo se houverem sido formalmente adotadas por um ato de vontade que produziu uma norma incorporada ao direito positivo, como uma norma constitucional, uma lei ou uma decisão judicial. Recorrer a elas é um artifício natural tanto da parte cognitiva quanto da parte decisória do processo interpretativo. O recurso a razões extrajurídicas envolve uma atividade de conhecimento do significado dessas razões, que podem orientar a escolha do juiz, porém não podem alterar a natureza voluntarista da sua decisão. Para Kelsen, portanto, a decisão judicial é sempre criação do direito. (...) (V. MELLO, Claudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação cit.*).

⁶⁹⁷ “É claro que as teorias realistas não negam que a experiência jurídica moderna é caracterizada pela existência de um sistema de normas jurídicas escritas editadas por autoridades políticas competentes. O que os realistas rejeitam é a tese de que a experiência jurídica possa ser reduzida *simpliciter* à atividade de aplicação de normas jurídicas escritas preexistentes. O ceticismo sobre as normas reside precisamente nessa rejeição da capacidade das normas escritas de determinar efetivamente as decisões judiciais e na afirmação de que os juízes criam direito ao invés de serem meros aplicadores de normas vigentes.” (MELLO, Claudio Ari. *Bases teóricas da interpretação constitucional cit.*, p. 261)

⁶⁹⁸ GOMETZ, G. *La certeza como previsibilidad cit.*, pp. 76/77. Cito: “Según Kelsen, la norma jurídica nunca determina completamente el contenido del acto de producción o de ejecución de grado inferior: queda siempre un margen más o menos amplio de poder discrecional reservado a los órganos inferiores, de modo tal que la norma superior tiene, siempre y tan sólo, el carácter de un esquema que debe ser colmado por medio del acto de grado más bajo. El acto jurídico con el que una norma viene establecida está, por lo tanto, determinado por ella tan sólo en una parte, en la otra queda siempre indeterminado. Tal indeterminación puede ser además intencional, puede ser querida por el órgano de grado superior, el cual atribuye de tal modo al órgano inferior el poder de especificar el «cómo» o el «qué cosa» del acto a realizarse. En cada caso, dado que la norma superior constituye

o “conteúdo do ato de produção ou de execução” de grau inferior, remanescendo sempre um mais ou menos amplo poder discricional reservado aos órgãos inferiores, ainda que limitado ao “esquema”, à moldura da norma superior, comportando múltiplas possibilidades de execução e, logo, diferentes alternativas interpretativas, sendo que uma delas, uma vez eleita discricionariamente, tornar-se-á direito positivo pelo ato decisório do juiz, que efetivamente (tal como o legislador e em grau apenas quantitativamente diverso), criará o direito, de modo que haverá sempre uma margem de discricionariedade e indeterminação, revelando-se como um “mito” a certeza jurídica se entendida como possibilidade de previsibilidade absoluta.

CANALE afirma:

*“...desde la perspectiva de Kelsen, las premisas del silogismo decisional tienen un carácter ‘constitutivo’: no son el resultado de un acto mediante el cual, respectivamente, el juez declara lo que el derecho de por sí prescribe y reconoce lo que la realidad empírica de por sí muestra. Estas constituyen jurídicamente la norma y el hecho en virtud de los poderes ejercidos por el juez. Recordando las palabras de Luigi Ferrajoli, ningún paso inferencial en el razonamiento judicial escapa de una intervención discrecional: «cada uno depende de un particular tipo de poder o de una particular dimensión del poder que [el juez] dispone». (...) El surgimiento de la dimensión de poder, como consecuencia de la discrecionalidad ineludible de las decisiones judiciales, refuta el modelo de la ilustración del juez boca de ley, si es entendido como una explicación de cómo los tribunales logran formular sus sentencias”.*⁶⁹⁹

Isso traria consequências, diz CANALE, sobre o modo de conceber teoricamente o raciocínio jurídico, uma vez que se passaria não mais a concentrar-se sobre o conjunto dos fatores psicológicos ou ambientais (em que se incluem as crenças, os desejos e os valores do

solamente un esquema, dentro del cual se encuentran múltiples posibilidades de ejecución, el resultado de su interpretación (científica) no puede ser otro que el reconocimiento de las diversas posibilidades que dentro de tal esquema están dadas. Cualquier acto correspondiente a uno de los posibles significados lingüísticos de la norma debe por tanto, dice Kelsen, ser considerado conforme a ella. Así, si se examina el grado de la legislación, se debe notar que la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una única decisión «exacta» o «correcta», sino, posiblemente, a varias decisiones, todas las cuales tienen el mismo valor por cuanto conformes al esquema representado por la ley a aplicarse. Tan sólo una de estas decisiones, correspondientes a normas individuales igualmente posibles dentro del esquema indicado por la ley, se tornará derecho positivo en el acto de la sentencia, y eso ocurrirá precisamente a continuación de una elección discrecional llevada a cabo por el órgano que aplica el derecho. La función del juez no tiene, por lo tanto, carácter simplemente declarativo, como quizás el término «jurisdicción» sugeriría, sino constitutivo; ésta «es producción del derecho en el verdadero sentido de la palabra». En este sentido, la sentencia judicial representa la continuación del proceso de producción del derecho desde lo general a lo individual, presentándose al mismo tiempo como acto de ejecución y como acto de producción del derecho. La conclusión de Kelsen, crucial para su discurso sobre la certeza, es que no sólo el legislador, sino incluso el juez, crean derecho. Esto es también relativamente libre en esta actividad, si bien sus límites son generalmente más restringidos respecto a los del legislador. La diferencia entre las funciones de estos dos creadores del derecho tiene por tanto carácter exclusivamente cuantitativo, no cualitativo. Esto acarrea obvias dificultades para la tesis de la certeza-previsibilidad absoluta: si el juez crea derecho de modo relativamente libre respecto a las normas que está llamado a aplicar, ¿cómo es posible prever exactamente el contenido de sus pronunciamientos? Si la elección entre las posibilidades de ejecución dadas dentro del esquema de la norma general es discrecional, ¿cómo puede predecirse con precisión el resultado?».

⁶⁹⁹ CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 24/27.

juiz, assim como o ambiente político e social em que se situa – questões que se converteriam em objeto da psicologia jurídica e das ciências jurídicas [empiristas/realistas]) que conduziram o juiz a chegar à decisão que elegeu (“contexto de descobrimento”), mas sobre o modo como o juiz justifica sua decisão, é dizer, o raciocínio que o juiz se utiliza para justificar sua decisão, pois a relevância passaria dos motivos psicológicos para o controle intersubjetivo - em uma comunidade jurídica - das razões adotadas para a eleição decisória (“contexto de justificação”).⁷⁰⁰

Nos debates a respeito da interpretação jurídica, também não se olvida a existência de concepções que encarnariam tipos de “formalismos moderados” em relação à interpretação dos textos normativos, ao tomarem a literalidade do texto como ponto de partida indiciário ao conteúdo da norma⁷⁰¹, ou de posições ditas “ecletticas” (ou “ceticismos moderados”) sobre interpretação dos textos legais, como as que – reconhecendo a “textura aberta” das normas (*ad. ex.*, HART⁷⁰²) - diferenciam casos “claros”/“fáceis”/“simples” dos “difíceis”.

⁷⁰⁰ “La crítica del siglo XX al modelo del silogismo judicial empuja a la teoría del razonamiento jurídico a concentrar la atención no sobre el modo en que el juez llega a su decisión, cuestión que se convertirá de competencia de la psicología jurídica y de las ciencias cognitivas, sino sobre el modo en que el juez justifica su decisión. La función de garantía y control que desempeña el razonamiento jurídico no se lleva a cabo a través de una investigación introspectiva, que busca los motivos profundos de las elecciones realizadas por los sujetos institucionales, sino a través del análisis de las razones adoptadas por estos sujetos para sostener una decisión. Para demarcar claramente estos dos ámbitos de investigación, la teoría del razonamiento utiliza a menudo una distinción, elaborada en el campo de la epistemología, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El contexto de descubrimiento está constituido por el conjunto de factores psicológicos y ambientales que conducen al juez a identificar la solución del caso. Dicho conjunto incluye las creencias, los deseos, los valores del juez, así como el ambiente político y social en el que él se encuentra. El contexto de justificación está constituido, en cambio, por el razonamiento realizado por el juez para motivar la decisión. La crítica dirigida al silogismo judicial, entendido como modelo descriptivo de la actuación del juez, conduce a considerar irrelevante, bajo el perfil teórico, el ‘contexto de descubrimiento’: en cambio, es relevante determinar a partir de qué criterios la decisión judicial puede ser considerada justificada, independientemente del hecho de que la motivación ofrezca o no un informe convincente de los procesos mentales que han inducido al juez a decidir de un cierto modo. A la luz de esta asunción, la teoría del razonamiento jurídico ha concentrado su atención sobre dos aspectos relevantes de la justificación estrechamente conectados entre ellos: 1) la estructura lógica de la motivación, y, por tanto, los criterios de corrección racional de la misma; 2) las formas de la argumentación jurídica, es decir, las razones concretamente exhibidas en apoyo de la decisión, de las cuales depende su aceptación dentro de una cierta comunidad jurídica. De frente a este cambio de perspectiva, la teoría del razonamiento jurídico ha tomado dos posturas diversas con respecto al viejo modelo silogístico. Una primera familia de teorías, que podríamos denominar antiformalistas, ha sostenido que dicho modelo es engañoso: las características lógicas y argumentativas del razonamiento jurídico no han sido correctamente capturadas, por lo que resulta oportuno elaborar modelos y estilos de investigación alternativos. En cambio, una segunda familia de teorías, que podríamos denominar analíticas, ha considerado que el modelo silogístico es incompleto: dicho modelo, oportunamente corregido, es útil para dar cuenta de las características distintivas del razonamiento jurídico, pero claramente no es suficiente para explicar cómo los jueces motivan sus decisiones, ni tampoco para someterlas a un control racional.” (*Ibidem*)

⁷⁰¹ Veja-se, *ad. ex.*, sobre SCHAUER: SARDO, Alessio. *Due voci del Costituzionalismo*. Marcial Pons, 2018., pp. 54/80.

⁷⁰² Confira-se, em “O Conceito de Direito”, de HART, especialmente o capítulo VII (“O formalismo e o ceticismo em relação às normas”). In HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 3ª triagem, 2018, pp. 161/199.

CANALE resume – com HART - algumas grandes correntes teóricas sobre a interpretação:

*“Para una teoría cognitiva de la interpretación jurídica, esta última consiste en el conocimiento del único significado que un texto normativo posee antes e independientemente de su interpretación; para una teoría escéptica, en cambio, la interpretación consiste en la atribución a un texto normativo de un significado cualquiera, elegido discrecionalmente por el intérprete; para una teoría mixta, por último, en los casos fáciles el juez se limita a conocer el significado que posee el texto jurídico y que regula el caso, mientras en los casos difíciles el juez está obligado a interpretar, o sea a identificar discrecionalmente el significado a atribuir al texto interpretado”.*⁷⁰³

Assevera MELLO, sobre HART:

“Hart afirma que as normas jurídicas, precisamente por serem formuladas em linguagem humana, são dotadas de textura aberta (*open texture*). Ser dotada de textura aberta significa que as normas são compostas de uma zona de certeza, na qual o significado da norma é determinado pelo seu texto e o aplicador não dispõe de espaço de liberdade para escolha, mas também de zonas de penumbra, nas quais o significado da norma é impreciso e a sua aplicação exige que o aplicador eleja discricionariamente entre alternativas interpretativas possíveis. Os casos que recaem na zona de certeza são chamados de casos fáceis; os que recaem na zona de penumbra são os casos difíceis. Conquanto o pensamento jurídico tenha desenvolvido métodos para lidar com essas zonas de penumbra das normas jurídicas, esses métodos não são capazes de evitar a discricionariedade do aplicador como pretende o formalismo jurídico, porque os próprios métodos e os critérios de aplicação deles são dotados de indeterminação e não oferecem parâmetros seguros para a obtenção de uma única resposta para cada caso. A teoria do direito de Hart propõe, portanto, uma conciliação entre as visões formalistas e realistas acerca do papel que as normas jurídicas exercem no raciocínio jurídico. Ambas as visões explicam apenas parcialmente como funcionam as normas jurídicas. Nesse sentido, elas apresentam argumentos que se complementam.”⁷⁰⁴

Nesta senda, para os casos fáceis, a interpretação seria uma atividade cognitiva, pois seria possível atribuir o significado a uma disposição baseando-se em regras sintáticas e semânticas à luz das quais o significado resultaria preciso quanto à “vontade” do legislador; já nos casos “difíceis”, o caráter eletivo e volitivo do ato decisório seria evidente, porque vários significados possíveis concorreriam entre si em condições de serem adotados pelo intérprete.⁷⁰⁵

Há de se ressaltar que as correntes interpretativas realistas/pragmatistas/empiristas mais céticas consideram, entretanto, que mesmo nos casos fáceis a “eleição” e o “ato de vontade” (“consistente em privilegiar a leitura literal” de uma disposição) seriam inequívocos.⁷⁰⁶

⁷⁰³ CANALE, Damiano. *Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado*. Traducción de Magdalena Ana Rosso. ISSN 1515-7326, n° 11, Año 2012, pp. 135/165.

⁷⁰⁴ V. MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 264/265.

⁷⁰⁵ V. CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica cit.*..., pp. 164/165.

⁷⁰⁶ V. CHIASSONI, P. O enfoque analítico *cit.*..., pp. 489/490.

Em suma, pode-se dizer que, combatendo tanto a concepção interpretativa formalista do direito quanto aquela concebida pelos defensores do direito natural clássico (legatário do realismo ontológico de caráter metafísico), *iuspositivismos* realistas/pragmatistas (em matizes diferenciados) - ostentando base filosófica empirista/pragmatista, uma concepção de “direito como fato” e muitas vezes revelando visões utilitaristas - compreendem o papel dos juízes como “fazedores” e não meros “descobridores” do direito, um contexto em que, entendendo-se a decisão como essencialmente eletiva/discricional – mas constatando-se permanecer inafastável o anseio por alguma segurança e legitimação –, a justificação das decisões assume singular importância para o controle intersubjetivo das decisões e para a determinabilidade/previsibilidade/calculabilidade das alternativas consequências decisórias que permitiriam uma relativa segurança/certeza jurídica.

III.3 – REALISMO INTERPRETATIVO (PRAGMATISTA/EMPIRISTA) NO ÂMBITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. CONSEQUENCIALISMO INTERPRETATIVO.

As variadas teorias, concepções e abordagens pragmatistas – segundo HAACK⁷⁰⁷ - carregam traços comuns, tais como a abordagem do significado em termos de consequências, a aversão ao filosofar *a priori* e a compreensão de uma filosofia sobre o mundo, é dizer, não exclusivamente sobre os conceitos ou a linguagem, a aversão ao dogmatismo, a preocupação com o caráter social tanto da linguagem quanto da investigação, o reconhecimento da contingência, uma visão que enfatiza o papel do acaso, tanto no cosmos como nos assuntos humanos, a vontade de aproveitar os resultados das ciências e uma inclinação para o olhar para o futuro.

ADEODATO⁷⁰⁸ sustenta que as origens do pragmatismo econômico atual repousam em um desdobramento da retórica grega: o pragmatismo como uma visão filosófica que se

⁷⁰⁷ HAACK, S. *The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists*, *Washington University Law Review*, vol. 95, 2018, pp. 1049-82.

⁷⁰⁸ ADEODATO, J. M. e NALINI, J. R. Raízes filosóficas do pragmatismo econômico. In: JORGE, A. G. L.; ADEODATO, J. M. L. (Org.) ; DEZEM, R. M. M. (Org.). (Org.). *Direito Empresarial: Estrutura e Regulação*. 1ª ed. São Paulo: Uninove, 2018, v. 1, pp. 9-26.

assenta sobre bases retóricas (em contraposição às ontológicas) que rejeitam o conceito de verdade e juízos objetivos sobre valores morais, advogando que a estrutura do discurso jurídico seria retórico-persuasiva e entimemática. De um lado, critica-se a visão formalista extremada da interpretação segundo a qual todo direito concreto se deduziria de uma norma geral anterior (ou, em outras palavras, a visão de que por subsunção se extrairia segura e objetivamente a conclusão correta a partir de normas gerais), e afirma-se, de outro, uma visão que se intitula realista (empirista/pragmatista) e que revela ceticismo em relação à unidade do sistema jurídico, à neutralidade do decisor, à objetividade da lei (meras estratégias discursivas com objetivos pragmáticos), e, portanto, à derivação das decisões desde a norma geral, cuja invocação atuaria como fator de justificação - esteja ou não o intérprete consciente disto - para uma escolha interpretativa previamente realizada. A norma - e isto também foi ressaltado no subcapítulo anterior - seria o resultado da interpretação, não se confundindo com a disposição textual legislativa. Para a retórica pragmatista, os conceitos indeterminados (muitos deles presentes nas constituições e textos legais) seriam *topoi* de que partem os decisores para preencher os pontos ambíguos, vagos e indefinidos com suas próprias opiniões, as quais podem remanescer implícitas como se evidentes fossem.

VALLET DE GOYTISOLO⁷⁰⁹, a seu turno, remonta a leitura econômica do direito ao utilitarismo de BENTHAM, tendo deitado raízes nos Estados Unidos pela penetração do pragmatismo - como fundamento filosófico - em política e direito, pelas mãos, dentre outros, de DEWEY e HOLMES. Uma visão de direito como “fato” que - carecendo de um critério absoluto de valoração e somente dispondo do critério relativo da utilidade - é reduzido a ser instrumento da sociedade para satisfação de suas próprias necessidades. Nesse contexto, as noções de bem, bem comum, felicidade e racionalidade assumem conteúdos que muito se afastam da compreensão que deles se têm desde a tradição filosófica aristotélico-tomista.

CHIASSONI também aponta a influência do realismo interpretativo (distinga-se: do *iusrealismo* de base empirista/pragmatista, logo um sentido dado ao termo “realismo” de todo

⁷⁰⁹ “Aun cuando el auge de la ‘jurimetría’ economicista es un fenómeno reciente, sus orígenes remotos han de buscarse en el ‘utilitarismo’ de Bentham -del que me ocupé en mi Metodología de las leyes y reincidí en mi colaboración al homenaje de nuestro compañero Juan Velarde Fuentes-, y en USA el terreno le había sido preparado por la penetración en el derecho del ‘pragmatismo’, que Dewey había llevado a la política y constituyó el fundamento filosófico del ‘legal realist’, que formularía el juez Holmes. Este consideraba que el derecho está reducido al hecho, que se puede estudiar desde fuera, ‘from the outside’, más bien que ‘from the within’, y, en esta perspectiva, es reducido a ser un instrumento de la sociedad para la satisfacción de sus propias necesidades, entendiéndolo que carece de un criterio absoluto de valoración, y sólo tiene el relativo de la utilidad.” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 596/570).

diverso ao que se empresta à expressão “realismo” na filosofia aristotélico-tomista) sobre movimentos como o da Análise Econômica do Direito⁷¹⁰, pelo que destaca teóricos do movimento, como POSNER, e a defesa da adoção de princípios epistemológicos e metodológicos que se caracterizariam por um

“racionalismo instrumental («instrumentalism»), rechazando cualquier postura que padezca de «esencialismo», o bien sea «metafísica» o «moralista». Esto quiere decir que, frente a cualquier problema jurídico, debe evitarse toda búsqueda de la solución objetivamente correcta, proporcionada ya sea por “la naturaleza de las cosas”, ya sea por los “verdaderos conceptos jurídicos” (de contrato, ilícito, culpa, etc.); y esto debe pasar, simplemente, porque tales cosas no existen.”⁷¹¹

Evidencia-se, pois, o fundo empirista/utilitarista/pragmatista desse enfoque. Similarmente ao que se dá com a “economização da educação” (e, para tanto, avaliam-se a eficiência e a contribuição de escolas e da vida familiar segundo análises de custo-benefício econômico e produtividade⁷¹²), a “economização do direito” também focará aspectos de eficiência de institutos e normativas regulatórias segundo análises de custo-benefício, por meio de uma “racionalidade instrumental”.

CHIASSONI, investigando bases teóricas de certas tendências *iusfilosóficas*, destaca o crescimento da influência de posturas culturais – como a que considera superiores os métodos econômicos de investigação para explicação, predição e projeção de problemas jurídicos, ou a da consciência da relevância das instituições jurídicas para a economia – como fator de impulso a escolas de pensamento como a da Análise Econômica do Direito e da integração ao âmbito jurídico de métodos econômicos úteis tanto à solução de problemas específicos de uma determinada área quanto à aferição das ferramentas e técnicas argumentativas e interpretativas

⁷¹⁰ “A metodologia jurídica com largo emprego na aproximação da comunicação entre Direito e Economia é a Análise Econômica do Direito, a qual, em afirmação sintética, realiza a interpretação e a aplicação do direito à luz dos princípios da economia, de forma a obedecer um princípio de eficiência econômica”. (BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, J. M. L. (Org.); DEZEM, R. M. M. (Org.). (Org.). Direito Empresarial: Estrutura e Regulação. 1ed. São Paulo: Uninove, 2018, v. 1, p. 27-46, p. 35). Reconhecendo embora a importância de métodos da Análise Econômica do Direito, BENACHIO e PARREIRA defendem um modelo que supõe uma inversão do método: “A Economia é um meio para a realização dos mandamentos do Direito, assim, propomos a inversão da metodologia da Análise Econômica do Direito, ou seja, defendemos a Análise Jurídica da Economia ou, na expressão de Pietro Perlingieri (2003, p. 272) – a leitura jurídica da economia. A Análise Jurídica da Economia não é um argumento retórico ou mera inversão da ordem de palavras e sim a inversão metodológica, ou seja, não nos cabe olhar o Direito pela Economia, mas a Economia pelo Direito.” (PARREIRA, L.; BENACCHIO, Marcelo. Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. Prisma Jurídico, v. 11, p. 179-206, 2012, p. 197).

⁷¹¹ Confira-se CHIASSONI, P. *Introducción a la edición castellana. Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social*. In *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y Métodos del Law & Economics en los EE.UU. Traducción de Félix Morales luna*. Palestra Editores. Lima – 2013, p. 24.

⁷¹² SPRING, Joel. Como as corporações globais *cit.*, p. 14.

extraíveis das teorias econômicas e de que poderia lançar mão o jurista no labor de interpretação das disposições normativas, dos precedentes judiciais e para a formulação de conceitos.⁷¹³

Em matéria de interpretação – afirma CHIASSONI - a aproximação da Análise Econômica do Direito com o *iusrealismo* empirista/pragmatista estaria em que

*“...la interpretación judicial y doctrinal no es un proceso puramente cognoscitivo, sino un proceso que comporta la toma de decisiones: sea en lo que concierne a las técnicas que emplear para atribuir un sentido a las oraciones jurídicas, sea en lo que concierne al uso de tales técnicas.”*⁷¹⁴

Neste último aspecto, propugna o enfoque da Análise Econômica do Direito que o juiz, ao interpretar, deve pautar o processo de tomada de decisões por valores como os da eficiência alocativa, da racionalidade instrumental e de um certo bem-estar, de modo que o juiz deverá, assim,

*“asumir, al elaborar la solución para cualquier problema de regulación jurídica, una perspectiva centrada sobre el valor de la eficiencia, tomando sistemáticamente en cuenta los costes (privados, sociales, y administrativos) y los beneficios (individuales y sociales) de cada forma alternativa de regulación: tomando en cuenta, en particular, los efectos de las normas sobre el bienestar (wellbeing) o la riqueza (wealth) de las partes afectadas, o bien, como insisten los juristas-economistas Chicagoans, sobre la dimensión de la social pie; perseguir, al lado del ideal de una ciencia jurídica racional, el ideal de una legislación racional y de un derecho judicial racional, cuyas normas y argumentaciones no sean sujetas, como ocurre a menudo, a una forma de control social retórico, donde palabras vacías se contraponen a otras palabras también vacías, sino a una crítica fundada sobre consideraciones de racionalidad instrumental”*⁷¹⁵.

⁷¹³ “A su vez, estos fenómenos son el efecto de la interacción de posturas culturales influyentes. Entre ellas cabe mencionar, en primer lugar, la conciencia sea de la superioridad de los métodos económicos de investigación, sea de la relevancia de las instituciones jurídicas para la economía, que empuja a los economistas a ocuparse de derecho y problemas jurídicos empleando su metodología presuntamente soberana en cuanto a su capacidad explicativa, de predicción y proyectiva; en segundo lugar, el favor difundido entre los juristas para acercamientos interdisciplinarios al estudio de cualquier rama del derecho, que los empuja a aprovechar de los desarrollos metodológicos en las ciencias sociales y, antes que todo, en las teorías económicas”. (CHIASSONI, P. *Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social cit.*, pp. 10/11).

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁷¹⁵ *Ibidem*, 25. Segundo CHIASSONI, “desde la perspectiva de un jurista (tradicional, realista, o analítico), lo que Posner llama análisis ‘heurístico’, y también una parte del análisis ‘positivo’ (la explicación de la ‘lógica económica’ de las normas e instituciones jurídicas), pueden ser concebidos, más claramente, como operaciones que consisten en la interpretación, o re-interpretación, jurídico-económica de los materiales jurídicos positivos (artículos de la constitución o de ley, regulaciones administrativas, sentencias judiciales)”, de modo que “el análisis heurístico – o mejor dicho: interpretativo – puede consistir, por ejemplo, en llevar a cabo las siguientes operaciones: proporcionar una re-interpretación económica del valor institucional de un derecho fundamental contenido en la constitución, y, por lo tanto, de su colocación en la jerarquía de los derechos y principios fundamentales – sosteniendo, por ejemplo, que el derecho a la libertad de expresión (*free speech*) no debe ser concebido como un valor último del sistema jurídico, como sugieren los enfoques morales («*the moral approach*»), sino como un valor instrumental, subordinado al bien público, como sugiere en cambio el enfoque instrumental («*the instrumental approach*»); proporcionar una re-interpretación económica de las oraciones y de las locuciones empleadas en los textos normativos para adscribir y garantizar derechos fundamentales e introducir conceptos jurídicos fundamentales (“*due process of law*”, “*free speech*”, “*establishment of religion*”, “*in restraint of trade and commerce*”, “*cruel and unusual punishment*”, etc.); proporcionar una re-interpretación

Uma visão que rejeita, aponta CHIASSONI, o enfoque (que os juristas-economistas imputam ser típico aos juristas formalistas) conceitualista, formularista e de autonomia da ciência jurídica (quanto a este último ponto, conforme ressalta o autor, juristas-economistas da análise econômica do direito tendem a uma perspectiva interdisciplinar, com ênfase metodológica no uso de ferramentas da teoria microeconômica⁷¹⁶).

TUZET⁷¹⁷ afirmará que a análise econômica do direito pode ser concebida como um tipo de argumentação jurídica de caráter substancialmente consequencialista. Por vezes tem seu peso demasiadamente considerado, mas é, ao cabo, um entre outros tipos de argumentos que compõe o raciocínio jurídico e o processo de tomada de decisão.

No debate contemporâneo, com efeito, visões pragmáticas estão frequentemente relacionadas à análise econômica do direito. Recorda MELLO que, associadas à escola da Análise Econômica do Direito, tendências identificadas por “consequencialistas” floresceram -

económica de un conjunto de normas jurídicas legislativas o judiciales sobre una determinada clase de casos, afirmando que detrás de ellas “hay” un principio implícito superior, que por supuesto impone la maximización de la riqueza, o bien la minimización de los costes, y utilizando este principio para re-interpretar, y re-ajustar, las normas del conjunto y los conceptos jurídicos; proporcionar una re-interpretación económica de dos o más conjuntos de normas jurídicas legislativas o judiciales, relativos a clases de casos diferentes, afirmando que detrás de ellos, no obstante la diversidad de los casos regulados, hay un mismo fin y principio, es decir, el principio que impone la maximización de la riqueza o bien la minimización de los costes; proporcionar una re-descripción económica de los casos regulados por un conjunto de normas determinado, en aras de sugerir que la correcta interpretación de estas normas es la que corresponde a la naturaleza, o dimensión, económica de los hechos regulados” (Ibidem, pp. 31/32).

⁷¹⁶ Veja-se, ainda: PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In Direito e economia: diálogos. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, pp. 28/29 e ss.. Cito: “A análise econômica do direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Esses custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto da informação disponível no momento da avaliação. Essa análise de custo-benefício é essencialmente consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Assim, os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado). Nessa linha, a AED se caracteriza pela aplicação de uma perspectiva de “eficiência” às normas legais. A suposição que permeia é que o decisor deveria avaliar as normas e os preceitos legais de acordo com um critério que determinasse se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos recursos. Assim, a AED pertence ao que é conhecido como ética consequencialista (Schäfer e Ott, 2004). A avaliação custo/benefício faz-se num determinado contexto de preferências que se traduz num nível de bem-estar dos agentes. O bem-estar individual é medido pela utilidade que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade). O conceito econômico de utilidade é bastante abrangente, refletindo não só bens materiais ou de consumo, mas também o grau de altruísmo que um indivíduo tem para com terceiros, incluindo bens não materiais (ou não mercantis) como a alegria, o amor ou a desilusão. Não há uma medida exata da utilidade individual, mas sim um conjunto axiomático que estabelece uma ordem ou hierarquização nas escolhas. O bem-estar social mede-se pela agregação do bem-estar dos indivíduos. Também aqui não há uma medida única de agregação, sendo o utilitarismo (a soma simples e não ponderada da utilidade individual) apenas uma possibilidade, talvez a mais habitual e não menos isenta de polêmica.”

⁷¹⁷ TUZET, G. *L'analisi economica come argomentazione giuridica*. Teoria Jurídica Contemporânea. 3:2, julho-dezembro, 2018. PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 97-122.

no contexto norte-americano - como um desdobramento do movimento realista, com rasgos utilitaristas/pragmatistas. Diz MELLO que

“[é] importante ter em mente que o consequencialismo é uma teoria da decisão judicial que floresceu em um cenário jurídico muito específico, no direito norte-americano, e pode ser considerado um desenvolvimento mais moderno do movimento realista. Conquanto possamos rastrear seus pressupostos filosóficos no utilitarismo britânico e no pragmatismo norte-americano, o consequencialismo jurídico é um movimento típico do universo jurídico dos Estados Unidos, estando particularmente associado à escola da análise econômica do direito, que teve pouca repercussão fora daquele cenário.”⁷¹⁸

Assim, recorda o autor,

“...o consequencialismo é profundamente vinculado ao movimento do *Law and Economics* e, por isso, não surpreende que muitos de seus autores proponham que juízes devem recorrer a teorias econômicas para compreender as consequências de suas sentenças e para julgarem seus casos levando-as em conta...”⁷¹⁹

No que concerne à interpretação jurídica e aos métodos de tomada de decisão, MELLO aponta que

“... o consequencialismo jurídico é uma teoria da decisão judicial segundo a qual o juiz deve utilizar como critério primordial para a decisão a escolha da solução que possa produzir as melhores consequências práticas, ou seja, que promova um estado de coisas no plano fático que entender desejável por razões que não estão contempladas no programa das normas jurídicas incidentes no caso que está sendo decidido. As consequências práticas a serem produzidas ou promovidas pela decisão devem ser obtidas por alguma concepção extrajurídica relacionada com a questão *sub judice*, como, por exemplo, por uma teoria econômica ou política, isto é, a decisão deve estar ancorada em argumentos não institucionais, para usar a terminologia proposta por Humberto Ávila.”⁷²⁰

Ainda – e isto sublinha a antes aludida influência do realismo interpretativo empirista/pragmatista sobre correntes consequencialistas que se movem associadas à análise econômica do direito -, segundo MELLO:

“...essa teoria da decisão judicial parte da premissa de que uma norma jurídica não oferece uma única possibilidade interpretativa ou é apenas uma formulação abstrata e, portanto, é inevitável que o juiz tenha que escolher discricionariamente entre diferentes alternativas interpretativas ou concretizar a norma abstrata no contexto concreto de aplicação. Diante dessa situação, o juiz deve avaliar quais podem ser as consequências extrajurídicas de cada solução possível e eleger aquela que produza ou promova as consequências mais desejáveis ou úteis a partir de critérios extrajurídicos.”⁷²¹

⁷¹⁸ MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 276/277.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 276.

⁷²⁰ *Ibidem*, pp. 273/274.

⁷²¹ *Ibidem*, pp. 274/275.

Tendências consequencialistas, com significativa matização⁷²², consideram como fundamentais no processo de tomada de decisão as consequências práticas que advirão da solução a ser adotada.

No plano legislativo nacional, recentemente editou-se a Lei 13.655⁷²³, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, dentre elas a que veio a se tornar o artigo 20, que dispõe que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.⁷²⁴

O emprego da análise econômica do direito na interpretação, argumentação e metodologia de tomada de decisão, movendo-se sobre supostos utilitaristas, empiristas e pragmatistas, de certo modo objetivando reduzir o impacto de um certo abstracionismo principiológico e buscando um raciocínio jurídico não só retrospectivo, mas também prospectivo, lança um especial olhar sobre o futuro, sobre as “consequências”, notadamente sobre as consequências sociais, políticas e econômicas das regras e decisões jurídicas. Nesse contexto, para alguns, os fatos empíricos – também os providos pelos instrumentos de “direito e economia” - proporcionariam o material adequado para a tomada de decisões de racionalidade

⁷²² Para variados enfoques quanto ao tema do consequencialismo, confira-se artigos em: NALINI, J. R. (coord. com MARTINS, I. G. da Silva. e CHALITA, G.) [et al.] *Consequencialismo no poder judiciário*. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Sobre o que se aponta como adoção do consequencialismo no direito positivo brasileiro e, mais especificamente, no direito econômico, confira-se: MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, A. B. O consequencialismo jurídico no Direito econômico. *In*: André Guilherme Lemos Jorge; Guilherme Amorim Campos da Silva; Renata Mota Maciel. (Org.). *Direito Empresarial: Estruturas e regulação*. 1ed. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2020, v. 3, p. 203-220.

⁷²³ Inteiro teor: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm.

⁷²⁴ “De fato, a Lei nº 13.655, de 2018, alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo o novo artigo 20 do estatuto o enunciado de maior impacto na interpretação constitucional. Esse artigo 20 prevê que, ‘nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão’. Se esse dispositivo legal for interpretado como condicionando a decisão judicial ao cálculo de suas consequências práticas, então esse dispositivo é rigorosamente a incorporação do programa pragmatista de Richard Posner no direito positivo brasileiro. Segundo Posner, o pragmatismo ‘é impaciente com abstrações como ‘justiça’ e ‘imparcialidade’, com slogans como ‘autogoverno’ e ‘democracia’ e com a retórica pretensiosa de absolutos – a menos que fique convencido de que essas bandeiras têm valor social prático’”. (MELLO, Claudio Ari. *Bases teóricas da interpretação constitucional cit.*, pp. 277)

instrumental⁷²⁵, as quais seriam especialmente valiosas para os casos de incerteza quanto às consequências.⁷²⁶

Não se ignora que no âmbito do movimento de análise econômica do direito diferentes tendências estão albergadas e diversas são tanto suas influências teóricas quanto as fases perpassadas.⁷²⁷ Pode-se apontar que o movimento, muito difundido pela Escola de Chicago⁷²⁸, tem em POSNER um dos seus principais expoentes. Igualmente não se ignora que, no decurso do tempo (com o impacto da crise de 2008 inclusive⁷²⁹), tenha havido mudanças no pensamento de POSNER quanto à economia e ao direito. Para o que aqui se está a tratar basta, todavia,

⁷²⁵ “...los seres humanos están provistos de racionalidad instrumental. Es decir, ellos tienen la capacidad de elegir qué curso de acción seguir en función de los fines que quieren conseguir (e.g. la maximización de la utilidad esperada; la satisfacción de un nivel ajustable de preferencias etc.) con su decisión. Estas teorías suponen una capacidad predictiva en los seres humanos que a su vez supone la formación de expectativas por parte de individuos sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de su actuar.” (V. MORENO CRUZ, Diego. *Estudio introductorio. Consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes cit.*, pp. 23/24). Conforme recorda o autor, teorias instrumentalistas (de racionalidade instrumental) da decisão costumam distinguir entre três tipos de problemas de decisão: decisão em situações de certeza (sabe-se com absoluta certeza quais serão as consequências jurídicas de uma determinada conduta), de probabilidade (pode-se apenas atribuir uma probabilidade à futura consequência relacionada a uma conduta), e de incerteza ou risco (em que é incerta a consequência jurídica que será atribuída a uma conduta e não há informações que permitam assinalar probabilidades).

⁷²⁶ De se mencionar a classificação de Frank H. KNIGHT, citada por Alexander Leonard Martins KELLNER: “Segundo Knight, o conceito de incerteza se refere a situações em que as consequências de um curso de ação podem ser identificadas, porém sem qualquer atribuição precisa de probabilidades de sua ocorrência. O conceito de risco se refere a situações cujas consequências de eventual curso da ação e suas probabilidades podem ser identificadas. Por fim, o conceito de ignorância se refere a situações nas quais não só as probabilidades como a própria natureza das consequências de um curso da ação não são conhecidas e não podem ser identificadas pelo agente ou por terceiros”. E a conclusão, na perspectiva dos “decisores”: “Diante de casos de incerteza, uma decisão empiricamente informada que não tenha medo de se assumir experimentalista parece, salvo melhor juízo, mais racional do que uma decisão heurísticamente exaustiva”. (V. KELLNER, Alexander Leonard Martins. Introdução ao Acórdão Nº. 2.121/2017, *In Dantas, Bruno e Guerra, Sérgio. Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU.* – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 13).

⁷²⁷ V. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. Ensaio de teoria do direito.* São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 225/248. Segundo PORTO, “... algumas premissas são de abordagem universal, servindo de base a qualquer raciocínio: (1) existe maximização racional das necessidades humanas; (2) os indivíduos obedecem a incentivos para conseguir balizar seu comportamento racional; (3) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social (Saddi, 2014:88).” (PORTO, Antônio José Maristrello. *Princípios de análise do direito e da economia. In Direito e economia: diálogos.* Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 27).

⁷²⁸ “Forte corrente doutrinária, ligada à Escola de Chicago, prega que a economia (i.e., a eficiência econômica) deveria determinar o fim do último do direito, orientando a interpretação/aplicação de suas regras e formatando seus princípios. O direito seria ‘um súdito submisso e dependente daquilo que a análise econômica oferece’. Opinião bastante espalhada identifica a Análise Econômica do Direito com linha de pensamento que pugna por uma *teoria positiva do sistema jurídico a partir da perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica.*” (FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro cit.*, p. 23).

⁷²⁹ Confira-se, exemplificativamente: POSNER, R. *The Role of the Law Schools in the Recovery from the Current Depression. The Atlantic.* 11 jul. 2009. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2009/07/the-role-of-the-law-schools-in-the-recovery-from-the-current-depression/21116/>; Ainda: *How I Became a Keynesian. The New Republic.* September 23, 2009. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>;

destacar que, por detrás de sua difundida defesa da análise econômica do direito e de sua compreensão quanto à relação entre direito e moral (em que endossa a tese da separação), reside seu ceticismo quanto a um realismo moral (especialmente o de base metafísica), sua aversão à verdade/objetividade/correção na formulação de enunciados e juízos morais e jurídicos.⁷³⁰

Encampa POSNER um determinado tipo de pragmatismo⁷³¹ consistente em uma abordagem prática, instrumental e não essencialista (antimetafísica) que, voltada ao futuro e crente no progresso, revela relativismo e ceticismo geral quanto à verdade final sobre as coisas (antidogmatismo), enfatiza aspectos empíricos/experimentais/práticos/factuais/científicos⁷³²/sociológicos, de racionalidade (instrumental/calculadora), do que decorre - especificamente quanto à teoria do direito e à metodologia de tomada de decisões - a ênfase em um critério prescritivo que rejeita (ao menos declaradamente) o recurso a fundamentos, “conceitualismos e generalizações” de filosofia política e moral, perseguindo decisões sobre a base da eficiência e da utilidade (enquanto “maximização da riqueza”⁷³³ ou do bem-estar) para alcançar as melhores consequências de decisões alternativas, tomando a economia (cujo propósito seria “elaborar e testar modelos de comportamento humano com o objetivo de prever e [quando cabível] controlar esse comportamento”) e a análise econômica do direito como instrumentos para decisões baseadas em “custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto”.⁷³⁴ Nos dizeres de POSNER, “[a]o abordarem uma questão que tenha sido colocada como de

⁷³⁰ “Minha abordagem é semelhante à de Oliver Wendell Holmes Jr., tal como a podemos reconstituir a partir dos textos esparsos e fragmentários em que ele fala sobre a moral. Opõe-se ao realismo moral metafísico e ao “das respostas corretas”; opõe-se, portanto, à teoria jusnaturalista, seja ela metafísica ou não (...).” (POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 17).

⁷³¹ Confira-se: POSNER, Richard A. Prefácio. *In* Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

⁷³² Uma compreensão do que seja ciência já apartada daquela da tradição filosófica, tema já abordado nesta tese.

⁷³³ V. POSNER, Richard A. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, fls. 72 e ss.. Cito: “Em suma, busquei, nesta parte do livro, desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade” (p. 138).

⁷³⁴ Esclarece POSNER: “O indivíduo concebido pela economia não está comprometido com nenhuma meta restrita e egoísta, tal como a maximização da riqueza pecuniária. Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas) presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessário fazer uma escolha.” (POSNER, Richard A. Prefácio. *In* Para além do direito *cit.* 16).

interpretação de uma lei, os pragmatistas perguntarão qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências...”.⁷³⁵

Um modo de compreensão do universo jurídico e da função judicial⁷³⁶ que o próprio POSNER⁷³⁷ aponta ser – ainda que não completamente - em muito tributária de HOLMES e de sua visão sobre a moral e o direito, e que o autor da Escola de Chicago resume na “desmistificação do direito e, particularmente, sua libertação em relação à teoria moral, uma grande mistificadora”, qualificando sua posição como um “ceticismo moral pragmático”. POSNER assim se expressa:

“Afirmo não somente que a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do direito no que se refere à atividade judicial ou à formulação de doutrinas jusfilosóficas ou jurídicas, mas também que tem pouquíssimo a oferecer a qualquer pessoa engajada em uma tarefa normativa qualquer que não tenha nada a ver com o direito. A única diferença é que é *particularmente* claro que as questões jurídicas não devem ser analisadas com o auxílio da filosofia moral, mas devem ser abordadas pragmaticamente. Os métodos adequados de investigação, portanto, são aqueles que facilitam a tomada pragmática de decisões - os métodos das ciências sociais e do senso comum”.⁷³⁸

Trata-se de um modo de compreensão do direito e da justiça que atraiu severas críticas que lhe foram dirigidas por diferentes vertentes *iusfilosóficas*. É conhecido o debate travado entre POSNER e DWORKIN e as contundentes críticas que este dirigiu à visão expressada por POSNER.⁷³⁹ MACEDO JR parece sintetizar o problema:

“...o pragmatismo posneriano ao apresentar-se como uma abordagem não teórica apenas camufla, frouxamente, os seus pressupostos teóricos e metodológicos que julga serem menos importantes. Ao fazê-lo, em vez de pragmaticamente escapar da necessidade de fundamentação teórica, esconde a sua deficiente teoria acerca da finalidade e natureza do direito”.⁷⁴⁰

Bem recorda MASSINI CORREAS, apoiado em ARISTÓTELES e S. TOMÁS, que

“en el orden práctico los fines cumplen el papel de principios y por ello, quien pretenda establecer una medida en el obrar humano -jurídico en este caso- debe conocer los fines que han de jugar como principios en esta tarea”, [bem assim que] “... resulta evidente que em razón de que el Derecho interesa a la perfección de

⁷³⁵ Confira-se: POSNER, Richard A. Afinal, o que o pragmatismo *tem* a oferecer ao direito? In Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 422.

⁷³⁶ Criticando tanto o conceitualismo jurídico quanto o econômico, afirma POSNER: “O antídoto para esse conceitualismo é o pragmatismo, uma teoria (ou antiteoria) que derruba qualquer pretensão de construção de um caminho em direção à verdade...” (POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, Introdução, p. 2). O autor pretende esteja o pragmatismo que advoga em um meio termo entre posições formalistas e realistas (*Ibidem*, pp. 3/4).

⁷³⁷ V. POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

⁷³⁸ *Ibidem*, Prefácio.

⁷³⁹ V. DWORKIN, R. *La justicia con toga. Traducción de Maris Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Ubina Gimeno. Marcial Pons: 2007.*

⁷⁴⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito *cit.*, p. 245.

*hombre en tanto que hombre, pertenece ao orden ético y el jurista no puede desinteresarse de los fundamentos de una actividad en la que se juega en cuanto persona.*⁷⁴¹

Observado desde a tradição filosófica aristotélico-tomista (destacada no curso desta tese e para a qual as indagações filosóficas sobre política, direito e economia participam da filosofia moral), o pragmatismo economicista liberal⁷⁴² de POSNER manifesta uma visão que - para além de revelar incompreensão quanto a temas fundamentais de antropologia filosófica, metafísica, teoria do conhecimento e filosofia moral, política e jurídica -, consubstancia uma vã tentativa de escamotear no método as inclinações, esquemas e compromissos morais e de justiça que o autor assume e busca promover, inequivocamente utilitaristas e representativos da liberdade do liberalismo, de uma liberdade não condicionada ética e metafisicamente.

Com efeito, enfoques consequencialistas, quando fortemente penderes ao pragmatismo/utilitarismo - os de corte economicista inclusive -, tornam-se alvos de contundentes críticas por variadas outras concepções *iusfilosóficas*.⁷⁴³

CHIASSONI, após louvar o que entende por benefícios dos métodos da análise econômica do direito, lista custos, dentre eles a

*“adopción, por juristas-economistas influyentes, de una postura ético-normativa totalmente comprometida en favor de un enfoque teleológico (utilitarista), y perjudicialmente contraria a los enfoques de tipo deontológico, en lo que concierne a los valores y los derechos fundamentales.”*⁷⁴⁴

MELLO – ressaltando que um tipo de “consequencialismo moderado é trivial no raciocínio judicial e, inclusive, já constava como critério decisório na redação original do próprio Decreto-Lei nº 4.657/1942, cujo artigo 5º prevê que, ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’⁷⁴⁵ - destaca aspectos do agudo voluntarismo manifestado pelo consequencialismo que deita raízes no *iuspositivismo*

⁷⁴¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Necesidad y significado, para el jurista, del estudio de la filosofía del derecho*. In *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 138 e 140.

⁷⁴² “Não acredito que o economista detenha todas as chaves da teoria jurídica. Acredito, em vez disso, que a economia seja uma dentre três chaves. As outras são pragmatismo (despojado, entretanto, dos excessos pós-modernistas) e o liberalismo, sobretudo o da tradição clássica, da qual o principal porta-voz continua sendo John Stuart Mill. O pragmatismo e o liberalismo, assim compreendidos, harmonizam-se convenientemente com a economia. As três abordagens se unem para compor uma poderosa ferramenta de compreensão de questões de teoria do direito”. (Confira-se: POSNER, Richard A. *In Para além do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, Prefácio).

⁷⁴³ Para uma outra crítica ao “consequencialismo e a LINDB”, confira-se: ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 617/626.

⁷⁴⁴ CHIASSONI, P. *Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social cit.*, p. 34.

⁷⁴⁵ MELLO, Claudio Ari. *Bases teóricas da interpretação constitucional cit.*, pp. 279.

realista de corte utilitarista/pragmatista (um “consequencialismo forte”⁷⁴⁶ manifestativo, acresço, de um “positivismo da vontade”, não mais do legislador, mas do intérprete), já enquanto teoria normativa⁷⁴⁷ da interpretação e por sua dificultosa compatibilidade com uma leitura moral do direito (na crítica do autor, em especial com a concepção a que ele próprio transparece aderir, é dizer, aquela promovida pelo construtivismo moral e interpretativo⁷⁴⁸), já em função dos riscos para o desenho institucional.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ Diz MELLO: “...o artigo 20 da LINDM, inserido pela Lei nº 13.655/2018, pretendeu introduzir no direito brasileiro um consequencialismo forte, provavelmente com a intenção de impor aos juízes brasileiros a agenda da análise econômica do direito. Coerente com o ceticismo moral que é característico de concepções pragmáticas sobre o direito e a política, a norma parece ter como objetivo condicionar a aplicação dos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal à compatibilidade com a eficiência econômica, ou seja, a lei pretendeu que os juízes modulassem a aplicação de princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição de modo a produzir a maior eficiência econômica possível, mas essa agenda eficientista é estranha ao direito constitucional brasileiro. A eficiência econômica sequer é um valor constitucional e, portanto, não pode ser erigida a uma condição para a tutela judicial dos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal. Por conseguinte, se algum consequencialismo pode ser considerado parte da interpretação e da aplicação de normas constitucionais é o consequencialismo moderado, que sempre fez parte do raciocínio judicial, particularmente quando da aplicação de cláusulas abertas das constituições. O consequencialismo forte que a Lei nº 13.655/2019 pretende impor à jurisdição constitucional brasileira é incompatível com o sistema constitucional brasileiro” (MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 279/280).

⁷⁴⁷ “... é possível também identificar problemas internos ao consequencialismo enquanto teoria normativa da decisão judicial. Um deles consiste na ausência de parâmetros objetiva ou intersubjetivamente aceitáveis para a escolha das consequências que serão adotadas como critério da decisão e, a seguir, para a justificação da sua desejabilidade. Considerando que as consequências extrajurídicas a serem promovidas pela decisão judicial podem ter diferentes objetos – políticos, econômicos, sociais, culturais, institucionais – qualquer um deles pode ser escolhido pelo juiz, ainda que o estado de coisas eleito para ser promovido sacrifique a produção de outras consequências que poderiam ser avaliadas como igualmente desejáveis. Não há critério objetivo para dizer qual deve ser a consequência selecionada e por que as demais serão ignoradas ou sacrificadas. Além disso, nada além da vontade do juiz decidirá por que e em que medida a consequência selecionada é desejada e por que ela, particularmente, é mais desejável do que outras. Ou seja, o consequencialismo jurídico pressupõe em uma teoria radicalmente voluntarista da decisão judicial. Outro problema interno do consequencialismo diz respeito à verificabilidade empírica da relação de causalidade entre a decisão judicial e as consequências práticas extrajurídicas que o juiz elige para promover. O consequencialismo jurídico parte da premissa de que o juiz tem acesso a evidências justificadas de que determinada decisão provocará ou promoverá determinado efeito, mas é difícil entender como poderíamos aceitar como uma característica padrão ou natural ao processo decisório de um juiz essa capacidade de estabelecer nexos causais razoavelmente seguros entre a sua decisão e as consequências que pretende provocar ou promover com ela. Novamente nos deparamos com a ameaça do voluntarismo jurídico embutido no programa consequencialista”. (MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 275/276).

⁷⁴⁸ Sobre essa possível aderência em MELLO, confira-se: MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini *cit.*, pp. 230/231; e MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, p. 281.

⁷⁴⁹ Registre-se parte da contundente crítica de MELLO: “Considerando que as consequências a serem promovidas não são previstas na norma a ser aplicada e são escolhidas discricionariamente pelo arbítrio do juiz, uma abordagem consequencialista implica o risco de transformar a atividade judicial em uma prática abertamente política. A função do juiz deixa de ser a de julgar casos com base no sistema jurídico vigente, que pertence à própria essência do conceito de Estado de Direito, e passa a ser a de um agente público que toma decisões para promover objetivos econômica ou politicamente desejáveis. Como esses objetivos não estão previstos no programa da norma ou das normas aplicadas, a eleição das consequências e a valoração da sua relevância é uma decisão do juiz, que então receberia a liberdade para impor aos destinatários da decisão a sua própria agenda pessoal ou a do grupo a que pertence, incluindo sua ideologia política e visão econômica ou cultural. No caso da aplicação da constituição, essa politização da decisão judicial é alarmante, já que, no sistema jurídico brasileiro, parte significativa das decisões do Supremo Tribunal Federal – e mesmo dos tribunais inferiores – têm eficácia geral (*erga omnes*) ou coletiva. Nesse contexto, a adoção do consequencialismo representaria a transformação da função

Um raciocínio jurídico que, desprezando estândares de legalidade, esteja desmedidamente voltado ao futuro e que tome a decisão judicial tão somente como um meio para atingir objetivos sociais que o intérprete julga relevantes, para além de diminuir os níveis de segurança jurídica, previsibilidade e confiabilidade, debilitaria o próprio Estado de Direito e o dinamismo do mercado.⁷⁵⁰

Já pudemos verificar, no Cap. I.2, que a providência (*providentia*) é parte principal integrante da virtude da prudência, de modo que não se pode afirmar que o raciocínio jurídico, se escorreitamente concebido, volta-se apenas ao passado e desconsidera os contingentes futuros. Obviamente considera o fato passado submetido à qualificação e juízo, mas não desconsidera, para a tomada de decisão, os contingentes futuros, senão que os prevê para melhor ordenar as ações presentes. Há de se recordar, ainda, com apoio em autores alinhados a concepções filosóficas da perene tradição *iusnaturalista* (de raízes aristotélico-tomistas), que se é parte integrante da prudência a “providência, para ver ao longe as consequências”⁷⁵¹, tal não conduz a que o consequencialismo dito “forte” (erigido sobre uma base filosófica empirista, pragmatista, utilitarista e materialista⁷⁵² [e, em matéria moral, ontologicamente subjetivista ou ceticista/individualista, avessa a um fundamento genuinamente onto-metafísico para a razão

judicial em uma função legislativa e eventualmente inclusive governamental, o que não parece compatível com a ideia de Estado Democrático de Direito e com o princípio da separação de poderes que pertence à própria essência desse modelo de Estado”. (MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, pp. 275/276). Ainda: “Juizes de um Estado Constitucional de Direito não podem relativizar direitos e obrigações constitucionais endereçadas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sob o argumento de que as consequências práticas da sua proteção, no caso dos direitos, ou de sua imposição, no caso dos deveres, não são desejáveis do ponto de vista econômico ou político. O consequencialismo representaria um golpe fatal na força normativa dos princípios e direitos fundamentais e tornaria a eficácia jurídica dessas normas condicionada pelo cálculo subjetivo e arbitrário de juizes acerca do impacto econômico ou político da decisão.” (*Ibidem*, pp. 278/279).

⁷⁵⁰ Veja-se: LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? *In* Direito e economia: diálogos. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, pp. 87/88. O autor procura, no entanto, refletir sob que parâmetros poderia justificar-se o enfoque consequencialista, porquanto inevitável considerar consequências no raciocínio jurídico, especialmente no raciocínio judicial, refletindo sobre a “teoria da decisão”, não (ao menos não declaradamente) pela consideração de métodos interpretativos ou indagações sobre a natureza do direito ou da separação de poderes, mas desde uma perspectiva, parece possível isto indicar, de racionalidade instrumental – cfr. pp. 90 e ss..

⁷⁵¹ V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. Propedêutica Jurídica *cit.*

⁷⁵² Conforme tivemos a oportunidade de mencionar em outro escrito ainda não publicado (“Relações entre ser e dever e algumas consequências para as ordens moral e jurídica”. SERPENTINO, Daniel), com amparo nas lições de SILVEIRA sobre os problemas gerados pela costumeira inversão – pela modernidade e pós-modernidade filosófica - da subordinação entre as ciências: desde o ponto de vista da filosofia aristotélico-tomista, o método experimental condiciona o resultado, é dizer, se a observação recorta a estrutura da realidade e se limita às causas materiais e eficientes do ser e se, assim, somente os aspectos materiais e acessíveis aos sentidos podem ser objeto de análise (já que, desde o ponto de vista daquela tradição filosófica, a forma substancial – objeto da inteligência pelo ser racional – deve ser necessariamente imaterial), os resultados serão a redução de todo o real ao seu aspecto material. O problema de um encerramento em uma concepção cosmológica materialista se dá, desde a tradição filosófica, quando se tenta transpor um método próprio a algum tipo de observação empírica a campos que não lhe são acessíveis pela própria limitação do método, invertendo-se a ordem de subordinação entre as ciências. (V. SILVEIRA, Sidney. Cosmogonia da Desordem *cit.*, p. 264).

prática, a dos juristas inclusive]), ao adotar um conceito de racionalidade meramente como cálculo e instrumento, possa de fato contribuir efetivamente para a consecução de níveis adequados de certeza e segurança jurídica e para a consecução dos fins da justiça.⁷⁵³

Nesse contexto, bem recorda AMARAL que se

“prescindir de avaliar as consequências integrais de uma decisão judicial no mundo real, conforme permitam as circunstâncias segundo um juízo razoável de probabilidades, equivaleria a agir de forma imprudente e mesmo irresponsável”, [isso] “... não significa que o juiz possa julgar fora de suas atribuições constitucionais e legais, abdicando do exercício jurisdicional moderado e legítimo, para seguir uma agenda própria voltada a criar ou alterar políticas públicas e normas jurídicas sob a alçada dos demais poderes da República”

e que

“Agir com prudência (no sentido clássico da virtude da *prudencia*), significa fazer a coisa certa (ou abster-se de praticar um erro), pela razão certa, com os meios certos, na hora certa e na medida certa conforme as conjunturas concretas o exigam, considerando o todo da realidade, com suas aplicações físicas e metafísicas. Afinal, ‘o fim das virtudes morais [também da justiça, a jurídica inclusive] é o bem humano’”.⁷⁵⁴

AMADEI⁷⁵⁵, de par com a crítica que faz do “proporcionalismo” (em especial o “Alexyano”) de princípios e seus juízos de ponderação de valores e bens, ressalta que o consequentialismo, em seu “esforço para podar o abstracionismo principiológico”, apenas desloca “o ponto em que repousa a insegurança, migrando-a da tópica dos princípios jurídicos abstratos para a da seletividade das consequências”. Para o autor, ambas as correntes - consequentialistas e proporcionalistas (e mesmo alguma que envolva a mescla de seus elementos) -,

“trazem, em si, o mesmo fermento da insegurança, por apego a critérios instáveis de opções comportamentais e decisórias variadas, ou pela técnica de preponderância de valores e bens, medidas e efeitos, num quadro relativista e cético, descolado de orientações fixas preestabelecidas e com total desprezo à verdade e à justiça nas coisas do direito”.

É verdade que – e isto aponta GOYTISOLO com apoio em CÂNDIDO PAZ ARES e BRUNO OPETTIT - podem variar muito os métodos de leitura econômica do direito, desde a invocação do econômico como mera informação de que se serve o jurista (economista como

⁷⁵³ Em sentido similar: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O Juiz-legislador: consequentialismo e constituição à la carte no Brasil. A democracia e a necessária restauração do equilíbrio entre os poderes da república. In NALINI, J. R. (coord. com MARTINS, I. G. da Silva. e CHALITA, G.) [et al.] Consequentialismo no poder judiciário. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 191.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 160.

⁷⁵⁵ AMADEI, Vicente de Abreu. Interpretação Realista. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. *Quartier latin*: São Paulo, 2019, pp. 71/81.

técnico), passando pela redefinição dos objetivos e desenho das instituições jurídicas em termos econômicos (economista como supertécnico), chegando-se a imposição – para fins de análise e solução dos problemas jurídicos, nos mais diversos ramos - do vocabulário e da estrutura analítica da economia.⁷⁵⁶ Neste último caso, diz GOYTISOLO que

*“la regla de derecho debe responder a una concepción puramente instrumental dirigida a la eficacia económica. Por lo cual, todo el sistema jurídico apoyado por el poder político se tecnifica. El ‘optimum’ de Pareto señala cuando, por los defectos del mercado y de los contratos, debe el Estado intervenir legislativamente con el fin de imponer la solución colectivamente óptima.”*⁷⁵⁷

Se a isso se chega, não se pode negar – também no âmbito das metodologias de tomada de decisão – que se está a tratar de um modo de interpretação e argumentação jurídicas que supõe que as concepções jurídicas relacionadas a ramos e institutos deixam de servir aos verdadeiros fins da justiça e ao bem comum e passam a ser filtradas pelo prisma econômico para ser reduzidas a fins eficientistas, o que se dá tanto desde uma visão que postula um maior nível de intervenção econômica quanto desde posições mais liberais, de modo que - acrescenta GOYTISOLO com apoio em OPPETIT –,

*“Los resultados muestran (...) unas ramas del derecho en las cuales las concepciones jurídicas se desvanecen detrás de los ‘standars’ económicos; así: «el derecho de la concurrencia y del control de las concentraciones, en contra del discurso jurídico clásico, sigue un modo de razonar fáctico e inductivo que conduce a una decisión puramente oportunista, tomado por una autoridad investida de la función de evaluar las conductas incriminadas»: y, del mismo, «la lógica del derecho de obligaciones y de su ejecución, dirigido a la realización de objetivos puramente económicos (salvaguardia de la empresa, mantenimiento del empleo y de la actividad), ha convertido el derecho en aleatorio, sacrificando deliberadamente los principios del derecho de obligaciones y de garantías», pero «sin alcanzar ni siquiera la eficacia que pretende legitimar...». Inversamente, en el análisis económico de orientación «liberalista» de los «propietaristas», se pone en tela de juicio la distinción, clásica en la tradición civilista, entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial, conduciendo a una «repatrimonialización sistemática de los derechos de la personalidad y a una continua extensión del número de cosas incluidas en el comercio jurídico». Así, «todo aquello que antes escapaba a la evaluación pecuniaria se presta hoy a convenciones, decisiones, indemnizaciones o cesiones a título oneroso referentes tanto a los atributos de la personalidad (nombre, vida privada, imagen, productos de la inteligencia, sufrimientos y afecciones, clientelas civiles) cuanto a la integridad física (donaciones de órganos, comercio de niños, madres de alquiler, abreviación de la vida animal o vegetal)»”*⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ “Esta tercera posición es la del ‘new law and economics’, que adopta el modelo de la escuela de Chicago, con la tendencia a la ‘maximización’ de valor conforme la teoría económica. Bajo este punto de vista, la función nuclear del derecho viene a ser la de crear o ‘modificar incentivos’, para lo cual se requiere un previo análisis en el que se emparejan el ‘principio de la eficiencia de Pareto’ y el ‘paradigma de la competencia’ en una economía de mercado” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 570/571).

⁷⁵⁷ *Ibidem*, pp. 571/572.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, pp. 571/572.

Ao cabo, percebe-se que, em linhas gerais, o enfoque utilitarista/individualista/pragmatista que, por várias de suas vertentes, promove a análise econômica do direito, ao apartar-se das verdadeiras concepções de bem, bem comum, felicidade e racionalidade, para mais de prejudicial a uma abordagem que considere o *dever* entranhado no *ser*, desconsidera o próprio *ser*, o dado ontológico – em especial, a natureza do ser humano e seu aperfeiçoamento pelo desenvolvimento das virtudes para que logre seu fim⁷⁵⁹ -, e o bem comum, não raramente desordenando a relação entre economia, política e direito e, para além disso, a conformação moral que devem guardar, o que mais uma vez tem por uma das consequências a condução à instrumentalização do político e do jurídico para fins de eficiência economicista e, de conseguinte, à ascensão de formas tecnocráticas de poder.

Sob um discurso de neutralidade, pragmatismo e cientificidade positiva/descritiva, escamoteiam-se escolhas normativas políticas e jurídicas voluntaristas movidas por concepções morais que - supondo o liberalismo filosófico, o neoliberalismo econômico, uma “racionalidade” meramente instrumental (a racionalidade como “cálculo”), o eficientismo e o empirismo – revelam-se reducionistas da estrutura geral da realidade, da econômica inclusive. Frequentemente apartadas das faculdades superiores da natureza humana, acabam desvinculadas do bem/fim do ser humano e do bem comum, fim da comunidade política, e atingem, ademais, em sua expansão às universidades e “sistemas de justiça”, o modo de ensinar, compreender, interpretar e determinar o direito, não raramente com significativo impacto nas próprias estruturas institucionais.

III.4 - CONSTRUTIVISMO INTERPRETATIVO.

Faz-se mister aludir a que o construtivismo interpretativo integra o rol de concepções relativas à interpretação jurídica que também ostenta, ao cabo – e isto se apontará sequencialmente -, um suposto ontológico subjetivista⁷⁶⁰, pois nega à razão prática a base filosófica onto-metafísica.

⁷⁵⁹ “Esa utilidad a la que atiende el pragmatismo se refiere al tener, al disfrutar, y tiende a olvidar el ser y a su desarrollo cualitativo, sin el cual las virtudes básicas: fortaleza, templanza, prudencia y justicia, se debilitan en el hombre.” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, p. 570).

⁷⁶⁰ Para o subjetivismo ontológico - diz CHIASSONI - a existência, o conteúdo, a validade, a eficácia de valores, normas e/ou propriedades morais dependem sempre, e de maneira exclusiva, dos sujeitos, é dizer, dos agentes

Na esteira daquilo que muitos apontam (ainda que a questão seja disputada) como a passagem do Estado de Direito moderno para um modelo de constitucionalismo principiológico - que ganha muita força após o segundo pós-guerra e, para alguns, estaria inserido no ideário da pós-modernidade e voltado à realização de determinados valores morais e políticos (um sistema de valores ético-políticos expressado mediante princípios constitucionais que devem conformar a totalidade do sistema jurídico e da vida social⁷⁶¹) -, marcadamente desde os anos 60 do século XX, perspectivas *iusfilosóficas* não-positivistas (ou, por alguns, ditas pós-positivistas) também impactam o modo como se concebe a atividade interpretativa. Aponta CHIASSONI, com certa ironia:

“O tema dos princípios se tornará, a partir do fim dos anos sessenta do século XX, um dos temas centrais da reflexão filosófico-jurídica ocidental, sobre as alas do ataque que Ronald Dworkin conduziu, a partir de 1967, contra o ‘positivismo jurídico’ de Herbert Hart, culpável por haver reduzido o direito a um amontoado de ‘regras’ emanadas por autoridades normativas, não reconhecendo o papel fundamental que os princípios desempenhariam, desde sempre, no raciocínio judicial”.⁷⁶²

O movimento em destaque também é captado por autores alinhados ao realismo jurídico tomista (sobre o qual trataremos sequencialmente), dentre eles – por muitos – VALLET DE GOYTISOLO.⁷⁶³

Quanto aos princípios que se pode invocar na interpretação e argumentação jurídicas, CANALE e TUZET apresentam uma classificação que - discutível embora - diferencia os princípios em quatro categorias: princípios gerais, decisórios, constitucionais e supranacionais.⁷⁶⁴ Sustentam os autores:

“Los principios generales del derecho son aquellos que se pueden obtener de las partes del sistema que informan tales partes, como el principio de confianza que rige muchas de las normas del derecho civil. Tales principios constituyen la explicación y

morais: não são, portanto, questões fáticas constitutivamente deles independentes, mas fatos criados, concebidos, escolhidos, produzidos, construídos, elaborados, plasmados, projetados pelos agentes morais em relação às ações próprias e alheias. (V. CHIASSONI, P. *Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral cit.*).

⁷⁶¹ V. CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial cit.*, pp. 186/188.

⁷⁶² V. CHIASSONI, P. *O enfoque analítico cit.*, p. 494.

⁷⁶³ V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, ISSN 0210-4121, N° 76, 1999, págs. 543-578, pp. 543/544. Cito, ainda, o excerto do mesmo texto: “...ha venido otra fase de reconstrucción del derecho considerado con la aspiración de lograr resultados objetivamente justos. Finalidad que se intenta lograr por diversos caminos: idea del derecho, principios ético-jurídicos, valores supralegales e, incluso, supraconstitucionales, naturaleza de las cosas, retomo a la equidad, etc. La ciencia del derecho ha dejado de confundirlo con la ley positiva. La filosofía del derecho retoma a comprender lo que vulgarmente decimos al clamar ¡no hay derecho! ante cualquier norma o decisión que se estima injusta, aunque los sistemas políticos imperantes lo ignoren y traten de imponer su positivismo legalista. La ciencia del derecho ha dejado de confundirlo con la ley positiva. La filosofía del derecho retoma a comprender lo que vulgarmente decimos al clamar ¡no hay derecho! ante cualquier norma o decisión que se estima injusta, aunque los sistemas políticos imperantes lo ignoren y traten de imponer su positivismo legalista.” (Ibidem, p. 559).

⁷⁶⁴ V. CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial cit.*, pp. 176.

la justificación de tales normas. Los principios decisorios son aquellos que se pueden derivar de decisiones de tribunales dotados de autoridad. Se trata de los principios (rationes decidendi) que se pueden obtener de los precedentes vinculantes en un sistema de common law, pero también de los principios jurídicos enunciados en las decisiones de la Corte de Cassazione italiana o, de manera aún más amplia, de cualquier principio que se pueda inferir a partir de una decisión judicial autoritativa. Los principios constitucionales son aquellos contenidos en los textos constitucionales, independientemente de que sean expresos -es decir, que se correspondan con el contenido del dictado constitucional- o no expresos -esto es, elaborados por el juez mediante razonamientos con base en principios expresos-. Finalmente son supranacionales aquellos que se pueden obtener de fuentes jurídicas supranacionales como la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH), el derecho de la Unión Europea y las diferentes fuentes del derecho internacional. Estos últimos principios tienen hoy una importancia creciente dada la cada vez mayor integración de los sistemas jurídicos y la globalización de las cuestiones jurídicas. En este sentido, suele llamarse 'conforme' a la interpretación congruente o, al menos, coherente con la Constitución o con la Corte Europea de Derechos Humanos. Hace algún tiempo era frecuente referirse a la anterior como 'interpretación adecuada', pero esta expresión parece estar siendo sustituida por aquella de 'interpretación conforme', de carácter más general".⁷⁶⁵

Em síntese, pode-se apontar que, retomando o discurso de uma necessária conexão entre direito e moral⁷⁶⁶ (mas já sem um fundamento genuinamente objetivo/ontológico típico à tradição aristotélico-tomista, senão meramente metodológico ou deontológico) e enfatizando o papel dos princípios no raciocínio jurídico, perspectivas *iusfilosóficas* não-positivistas (ditas também pós-positivistas) conformam novas teorias éticas da justificação da interpretação que rechaçam o “formalismo jurídico” e buscam construir as balizas pelas quais direito, política, economia, moral e justiça relacionam-se e aplicam-se, perseguindo “respostas corretas” por meio de uma atividade interpretativa guiada por regras do discurso e da argumentação (as quais variam segundo diversas tendências teóricas)⁷⁶⁷ e por uma nova retórica (centrada na motivação da decisão e em sua estrutura “retórico-argumentativa”) e uma miríade de métodos hermenêuticos (centrados na prática decisória concebida como um “conjunto de atividades

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pp. 176/177.

⁷⁶⁶ Com efeito, desde a antiguidade até os dias atuais – recorda BULYGIN - a relação entre direito e moral é alvo da especulação filosófica. Adeptos do direito natural sustentam, de um lado, a tese de que entre direito e moral há uma necessária conexão (metafísica ou conceitual); de outro lado, *iusfilósofos* de inclinação positivista defendem a denominada tese da separação ou independência entre direito e moral, de modo tal que entre eles haveria apenas relações empíricas, não necessárias, mas contingentes. (V. BULYGIN, E.. ALEXY e o Argumento da Correção. In BULYGIN, E. e ALEXY, R. Direito, moralidade e positivismo: o debate entre Roberty Alexy e Eugenio Bulygin. Curitiba: Juruá, 2017, p 71).

⁷⁶⁷ Pense-se, por exemplo, em Robert ALEXY. No Brasil, alinha-se a essa corrente de pensamento Luís Roberto BARROSO (Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy, em Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito; org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e outros – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 49/69). Confira-se, ainda, dentre outros escritos do autor: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001; Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007).

interpretativas”) e técnicas/teorias⁷⁶⁸ de interpretação, de argumentação e controle constitucionais (conformidade/adequação, razoabilidade, proporcionalidade/ponderação entre princípios etc.⁷⁶⁹), com o recurso a uma nova “razão prática” - tomada sob a etiqueta de “razoabilidade” – que se apresenta como alternativa ao modelo de racionalidade lógico-dedutivo ou silogístico ao qual estariam presas certas tendências formalistas, e que orientaria o juiz tanto na individualização dos fins políticos e morais que o direito deve realizar, quanto no direcionamento dos meios jurídicos aptos a esse papel, o qual se reconhece como imbuído de uma função criativa do direito.⁷⁷⁰

CANALE considera o impacto dessa visão sobre a função judicial e sobre a concepção de certeza/segurança jurídica, apontando que, por esse viés, a certeza não se reduz à mera previsibilidade, pois se busca guardar um vínculo com a justiça substancial:

*“Esta concepción del rol del juez termina por modificar el contenido de los principios que caracterizan al Estado constitucional de derecho, a saber, la legalidad, la igualdad frente a la ley, la separación de los poderes y la certeza del derecho. El contenido de esta última no se configura como mera previsibilidad de las consecuencias jurídicas de una conducta, sino como la expectativa legítima de una solución justa con respecto a una controversia. La igualdad de tratamiento frente a la ley, asimismo, se garantiza con respecto a las circunstancias del caso individual, toda vez que diversas circunstancias individuales justifican soluciones diversas. El principio de separación de poderes, además, no prescribe una rígida división de roles entre legislador y juez, sino más bien una cooperación entre el poder legislativo y el poder judicial, los cuales, aunque desarrollen funciones diversas, participan de una actividad común. Se sigue de esto que el principio de legalidad, entendido tradicionalmente como sujeción del juez a la ley, se transforma en la sujeción del juez al derecho, siempre que el derecho no sea concebido como un conjunto de normas positivas, sino más bien como un conjunto de normas, principios y valores que el juez debe armonizar entre ellas en aras de garantizar una solución justa para el caso.”*⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Exemplificando: para DWORKIN e sua concepção de “direito como integridade”, a questão importante não é saber se os juízes descobrem ou inventam o direito, pois a prática jurídica é interpretada como uma política em processo de desenvolvimento, de modo que “o princípio de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. É segundo esse modo que, para o autor, as respostas verdadeiras – mesmo para os “casos difíceis” - seriam possíveis: “as proposições são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” Trata-se de um método de interpretação e argumentação baseado em um fundamento que é um construto em matéria moral e que sustenta a integração coerente das proposições do sistema jurídico com os princípios morais de uma determinada comunidade, em que “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (V. DWORKIN, R. “O império do direito”. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. Em especial, o Capítulo VII: Integridade no direito, pp. 271/331).

⁷⁶⁹ V. CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial cit.*, pp. 187/197.

⁷⁷⁰ V. CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 34/35.

⁷⁷¹ *Ibidem*, pp. 16/18.

BAZÁN e MADRID⁷⁷² apontam: se - com a rejeição da metafísica pela modernidade – advoga-se que a argumentação jurídica não poderia fundar-se na verdade das coisas alcançável pela inteligência, tampouco bastaria um direito positivo carente de toda justificação e aberto ao voluntarismo mais extremo, despontando, assim, uma “terceira via” que não “apelaria” à metafísica e na qual o racional (ao menos como tradicionalmente entendido) daria lugar ao razoável em uma atmosfera de busca do consenso como fundamento da convivência social. Negando-se, por um lado, um fundamento genuinamente objetivo (onto-metafísico) para a razão prática, mas, por outro, tomando-se por necessária uma reaproximação metodológica entre moral e direito, dar concreção e enxertar conteúdo a princípios – que, cada vez mais presentes nos textos legais, constitucionais e convencionais, passam a ser considerados “mandados de otimização”⁷⁷³ e são qualificados sobre as “regras” - estaria a depender de reconhecer-se uma instância moral (mediante construtos em ética) e um uso da linguagem⁷⁷⁴ a

⁷⁷² V. BAZÁN L., MADRID R. (1991). *Racionalidad y razonabilidad en el derecho*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, No. 2: 179-188.

⁷⁷³ Com feito, ALEXY formula uma teoria dos princípios que tem em sua base uma distinção entre regras e princípios: regras são as normas que exigem algo determinado (comandos definitivos – dever-ser real) e são aplicadas por subsunção; princípios são comandos de otimização e exigem que “algo seja realizado na maior medida do possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”. Se os princípios, separadamente, são comandos *prima facie* (dever-ser ideal), quando se chocam, o grau de seu cumprimento deve ser determinado por ponderação, que é a forma específica de sua aplicação. A estrutura da ponderação é representada pelo que se denominou “fórmula do peso”. (V. ALEXY, R. *Princípios Formais*, em *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*; org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e outros – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 3/5).

⁷⁷⁴ Conforme aduz TOLEDO, ALEXY aponta para a necessária integração do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático racional geral, apresentando as formas e regras dos argumentos para sua correção (de justificação interna e externa). O “correto” corresponderia ao que é discursivamente racional e juízos de valor e de dever teriam sua verdade atingida argumentativamente, com a observância de “regras do discurso”, de modo que a verdade sobre um tema, nesse contexto, seria “historicamente construída discursivamente” e teria caráter provisório, podendo ser superada por uma nova verdade (e os resultados não seriam, assim, únicos e corretos de maneira definitiva). (V. TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira, em ALEXY, R. 2017. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4ª Ed. – Rio de Janeiro, pp. 1/17). Veja-se, também - sobre o raciocínio jurídico como um caso especial do discurso prático em ALEXY -, CANALE: “...la motivación de la sentencia puede ser descrita como una forma de comunicación lingüística que tiene lugar en un contexto institucional gobernado por normas. Es decir, se puede concebir al razonamiento jurídico como un discurso dirigido al juez y a otros sujetos que tiene una ‘pretensión de corrección’: las afirmaciones que el juez realiza pretenden ser aceptadas como correctas, justas, válidas, sobre la base de las razones que las justifican. Para que la corrección de tales afirmaciones sea garantizada deben observarse reglas específicas, en parte dependientes de los contextos del discurso y en parte de carácter universal, válidas para cualquier ser humano en cualquier tipo de comunicación lingüística. La observancia de este conjunto de reglas, que caracterizan el discurso práctico racional, constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para que la comunicación tenga éxito, y, por lo tanto, con respecto a la motivación de la sentencia judicial, para que tales decisiones puedan ser consideradas justificadas por cualquier sujeto racional. Estas reglas no indican las premisas que el juez debe adoptar: estas serán determinadas por los deseos, por los valores y por la información de la que él disponga. Las reglas del discurso racional prescriben solamente el procedimiento que debe ser adoptada para justificar la decisión. El modelo de razonamiento jurídico desarrollado por Alexy tiene abiertamente una pretensión normativa: prescribe como el juez debe motivar la sentencia para que esta última resulte justificada a la luz de principios universales. Se trata de principios que están a la base no sólo de la comunicación lingüística y, por lo tanto, del discurso racional, sino también del Estado constitucional de derecho, el cual constituye la forma política que históricamente da cuenta de mejor manera de tales principios, y funciona como eje entorno al cual debe organizarse toda la comunidad social. La observancia de las reglas del discurso racional garantiza que la motivación de la sentencia resulte justificada y

partir de algum “critério de correção”⁷⁷⁵. A verdade moral (que esta visão tem por onto-metafisicamente inexistente) e as respostas jurídicas “corretas” (mesmo para os assim chamados casos difíceis) passam então a ser objeto de construtos⁷⁷⁶ discursivos/argumentativos/hermenêuticos⁷⁷⁷ e de modelos analíticos para a aplicabilidade das regras.

As novas filosofias da linguagem, no contexto do que se denominou “giro linguístico” (ao qual brevemente aludimos no Capítulo II.1 desta tese), exerceram, por diferentes vias, grande influência no modo de conceber o universo jurídico. Destaca MASSINI CORREAS que a

“... perspectiva estricta y radicalmente lingüística de la filosofía contemporánea, ha tomado en el siglo XX dos orientaciones fundamentales: la analítica y la hermenéutica. La primera cobró cuerpo en el área cultural anglosajona y Frederick Copleston la ha caracterizado como un movimiento filosófico en el que el énfasis ha sido colocado en el análisis del lenguaje, sea éste científico u ordinario, con una fuerte tendencia a desconfiar de las síntesis comprensivas y en larga escala e insistiendo en estructurar las cuestiones y problemas del modo más preciso posible, descomponiendo los problemas complejos en sus elementos distinguibles, para tratarlos después separadamente’. En el marco de este estilo de pensamiento se han dado las más diversas orientaciones, desde el neopositivismo lógico de Ayer, Carnap y Schlick, hasta la filosofía del lenguaje ordinario del segundo Wittgenstein y G.E. Moore, pasando por la analítica de matriz aristotélica, representada por I. Bochenski, P. Geach y E. Anscombe. La segunda de las orientaciones, que es la que ahora interesa, es la representada por la filosofía hermenéutica: según esta perspectiva filosófica, la hermenéutica no debe ser reducida a un simple método cognoscitivo propio de las ciencias del espíritu, a una teoría de la interpretación (‘ars interpretandi’) o a una metodología de la exégesis textual, sino que ha de ser pensada como una completa filosofía, que comprende principalmente una antropología y hasta una ontología: “Heidegger — escribe Jean Grondin — ubicaría el planteamiento hermenéutico en el suelo más fundamental de la facticidad humana; la hermenéutica

también su conformidad a los principios de los Estados constitucionales de derecho y a los criterios de justicia que los caracterizan.” (V. CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 39/40).

⁷⁷⁵ Para ALEXY, o direito tem uma natureza dual: uma dimensão real/fáctica/autoritativa/institucional (que se manifesta na validade formal da norma e em sua efetividade social) e outra dimensão ideal/crítica (a correção moral do direito). A solução para um problema jurídico, em que se busca a resposta correta (embora ela não possa ser alcançada, em alguns casos, como única, pois o conceito de correção é uma ideia regulativa do discurso, algo a ser perseguido no discurso), dá-se com a argumentação jurídica, no processo de aplicação, a partir do material legislativo/autoritativo, mas não limitada a ele.

⁷⁷⁶ MORESO aponta que o construtivismo ético, aproximando-se da tradição kantiana, promete objetividade aos juízos morais sem recorrer ao realismo moral (pelo que concebe – e isto aponta CHIASSONI - um pressuposto ontológico subjetivista), um espaço para acordos racionais em matérias morais sem comprometer-se com fatos morais “de fora”, o que resgataria o discurso moral sem “apelar” – na perspectiva de MORESO - ao irracional. O núcleo comum das concepções construtivistas da ética, explica o autor, consistiria em um certo modo de interpretar aquilo que significa que um determinado comportamento humano é moralmente correto: os comportamentos humanos que escolheriam seres humanos situados em determinadas condições ideais. (V. MORESO, J.J. 2009. *La Constitución. Modelo para armar, Marcial Pons, Madrid*: pp. 101-110).

⁷⁷⁷ “[El postmodernismo] *Ya no se contenta con repudiar una objetividad basada en unos hechos, (...) sino que rechaza incluso la misma objetividad como tal (...). En ese escepticismo extremo, propugnan sustituir la expresión ‘verdad objetiva’ por la de ‘verdad hermenéutica’ que, en esa perspectiva, responde a la subjetividad del investigador y del expositor, del lector y del oyente”.* (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *Derecho y verdad. Verbo*, núm. 347-348 (1996), 709-730, p. 728).

universal derivada de ésta habría sido elaborada finalmente por Gadamer en la forma de una teoría de la condición histórica y lingüística omnipresente en nuestra experiencia". Y más adelante concluye que "lo que otorga a la hermenéutica el estatuto de una 'prima philosophia' de nuestro tiempo es probablemente la virtual omnipresencia del fenómeno interpretativo, que está en el orden del día de la filosofía a más tardar desde que Nietzsche se percató del perspectivismo universal ("no hay hechos, sino interpretaciones"). Nietzsche — concluye — es tal vez el primer filósofo moderno que sensibilizó la conciencia para percibir el carácter fundamentalmente interpretativo de nuestra experiencia del mundo".⁷⁷⁸

MASSINI CORREAS⁷⁷⁹, citando GADAMER como um dos principais cultores dessa nova hermenêutica, indicará suas notas próprias: trata-se de uma abordagem essencialmente linguística e de caráter principalmente pragmático (concentrada não no caráter sintático ou semântico da linguagem, mas nas relações entre signos e seus usuários, entre as palavras e seus intérpretes); filtrado o mundo pela linguagem, concebe-se a verdade não mais como adequação à realidade, mas como manifestação, abertura ou “desocultação”, captável apenas mediante a interpretação da linguagem, e de modo alternativo (várias verdades interpretativas possíveis); o sujeito que compreende está historicamente situado, o que condiciona radicalmente sua interpretação/conhecimento à sua situação no mundo e aos seus preconceitos, os quais formam uma tradição, demarcando o horizonte de compreensão fora do qual o pensamento é impossível, de sorte que a verdade é assim condicionada; trata-se de um construto que - ainda segundo MASSINI CORREAS - sem maiores precisões exclui a metafísica como conhecimento válido; esses traços, paradoxalmente, são apresentados entrelaçados a críticas ao historicismo, a alguma tentativa de salvar a verdade como correspondência, a salvaguardar-se do relativismo, a buscar objetividade no conhecimento (embora dissolvido na linguagem).

Quanto ao impacto da filosofia hermenêutica sobre o universo do direito – cujo ponto fundamental está constituído pela centralidade que se dá à interpretação jurídica -, CANALE afirma que a crítica central que a hermenêutica desfere ao modelo silogístico-dedutivo reside em que este põe de lado o papel desempenhado pela interpretação nas várias fases do raciocínio judicial, do texto às provas, nas quais se dão eleições discricionais:

“El punto fundamental de este enfoque [hermenéutico] está constituido por la centralidad reconocida a la interpretación jurídica. El defecto principal del modelo silogístico reside, según la hermenéutica, en poner entre paréntesis el rol desempeñado por la interpretación en la actividad decisional del juez. La interpretación, entendida como comprensión del significado de un texto, constituye un fenómeno que está presente en toda la actividad del juez: el juez recurre a ella cada vez que considera una disposición normativa para buscar la solución del caso, en cuanto cualquier texto puede asumir más de un significado en relación al contexto histórico y social considerado. Las demás actividades que el juez realiza en sede

⁷⁷⁸ MASSINI CORREAS, C. I. *Notas sobre hermenéutica, historia y verdad cit.*, pp. 244/254.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 245/247.

*decisional son igualmente de tipo interpretativo: incluso cuando se trata de constatar los hechos objeto de la controversia, el juez tiene que echar mano a textos como los documentos probatorios, los testimonios y las pericias, a los que él debe atribuir un significado coherente para lograr reconstruir los sucesos a los que se dirige su juicio. Un significado que jamás está completamente predeterminado y cuya determinación requiere de elecciones discrecionales. (...)”.*⁷⁸⁰

Ademais, para a hermenêutica – diz CANALE - o ponto de partida do raciocínio jurídico é constituído pelo que se denomina “precompreensão”, é dizer, a antecipação de uma hipotética solução ao caso para se *construir*, mediante um conjunto de atividades (o círculo hermenêutico⁷⁸¹), as premissas normativas e fácticas que justificam a solução antecipada:

“Según la hermenéutica, el punto de partida en el razonamiento jurídico está constituido por la precomprensión. Por ‘precomprensión’ se entiende la anticipación hipotética de la solución del caso, es decir, de la norma individual que constituirá el dispositivo de la sentencia. Em primer lugar, el juez, frente al caso a decidir, realiza una hipótesis acerca de cuál podría ser la solución conforme a derecho. Se trata de una anticipación que depende de su competencia profesional, de su conocimiento del ordenamiento y de los principios y valores que hace propios. Como con cualquier hipótesis, la precomprensión desempeña solamente un rol preliminar en el razonamiento: es el objeto del razonamiento jurídico. Esta asunción teórica comporta un distanciamiento del modelo silogístico tradicional. El razonamiento jurídico no parte de premisas precisas a una conclusión necesaria: este comienza por una hipótesis de decisión para llegar a las premisas que la justifican. Según la hermenéutica jurídica, las premisas normativas y fácticas de la decisión son construidas por el juez a partir de la hipótesis decisional de partida. El conjunto de actividades mediante las cuales se realiza la construcción de las premisas asume el nombre de círculo hermenéutico. (...) El razonamiento jurídico, observado desde este ángulo, no asume un procedimiento lineal, es decir, que de las premisas se deduce la conclusión, sino que presenta un procedimiento circular: las premisas y la conclusión vienen determinadas conjuntamente y progresivamente hasta alcanzar la decisión final. (...) De modo más general, la hermenéutica jurídica comparte la idea de la nueva retórica perelmaniana acerca de que una de las tareas del juez consiste en garantizar una solución para el caso equitativa y razonable. Equitativa en el sentido de su capacidad de otorgar justicia en relación al caso concreto; razonable en el sentido de que es el producto del balanceo de los intereses en juego, y que es realizado

⁷⁸⁰ CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 30/33. Cito: “Una línea de investigación que se desarrolla paralelamente al enfoque retórico propuesto por Perelman es el de la hermenéutica jurídica. Los exponentes de este enfoque, entre los que vale la pena recordar a Karl Engisch, Karl Larenz, Arthur Kaufmann y Josef Esser, no concentran su atención sobre las características de la motivación de la sentencia, sino más bien sobre el método jurídico, es decir, sobre el conjunto de operaciones intelectuales que el juez realiza para lograr la decisión del caso, las cuales se explicitan solo parcialmente en la justificación de la decisión. Estas operaciones no son concebidas por la hermenéutica jurídica como la secuencia de estados psicológicos del juez, sino como las actividades que este realiza sobre los textos normativos y los documentos probatorios. En este sentido, se entiende que el razonamiento jurídico es una actividad práctica que involucra al juez y a todos los demás protagonistas del proceso (abogados, ministerio público, testigos, peritos, etc.). El punto fundamental de este enfoque está constituido por la centralidad reconocida a la interpretación jurídica.”

⁷⁸¹ “Una vez formulada la hipótesis de solución del caso, el juez busca una o más disposiciones normativas de las cuales sea extraíble, por medio de la interpretación, la norma individual que consiste en la hipótesis de partida. Dicha búsqueda podrá tener éxito o no, forzando al juez, en el segundo caso, a modificar su hipótesis decisional. Una vez individualizada la premisa normativa que justifica dicha hipótesis, el juez prestará atención a los elementos probatorios del caso para constatar si estos integran o no el supuesto de hecho general individuado. Si esto no ocurre, la hipótesis deberá ser posteriormente precisada, hasta lograr la formulación de las premisas que justifique la conclusión.” (Ibidem)

sobre la base de los valores compartidos por una comunidad jurídica históricamente determinada”.

Tem-se, no contexto geral do até aqui exposto, que de par com os desdobramentos nominalistas e antimetafísicos e com o aporte de novos enfoques filosóficos, em especial analíticos, retórico-argumentativos, hermenêuticos e linguísticos, erige-se uma “nova razão prática”, é dizer, já não mais concebida como na tradição aristotélico-tomista (que concebe uma verdade prática [também a jurídica] a que se liga a verdadeira virtude da prudência), e que irá muitas vezes apresentar-se sob a etiqueta de “razoabilidade”. Na esteira de estudos como os de PERELMAN⁷⁸², eclode uma “nova retórica”⁷⁸³ que ZORZETTO⁷⁸⁴ aponta ter, por tese central, a afirmação de que é razoável, sobretudo, aquilo que suscita a adesão do auditório universal, o que persuade a um auditório privilegiado (imaginado pelo retórico) e composto por indivíduos razoáveis (ou em condições ideais⁷⁸⁵, ou ilustrados)⁷⁸⁶. Razoabilidade e persuasão seriam, de

⁷⁸² V. PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação; [Prefácio Fábio Ulhôa Coelho; tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira]. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica; tradução de Verginia K. Pupi. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. Importante a observação de MASSINI CORREAS: “... Perelman no habla jamás de verdad em el campo de la praxis, yendo a parar a una actitud relativista respecto a las posibilidades del conocimiento práctico, concordante con su relativismo en materia axiológica; para el filósofo belga, lo máximo a que puede aspirarse es a dar razones convincentes de una posición, pero nunca a alcanzar ‘la verdadera solución’ de un problema práctico.” (V. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 58).

⁷⁸³ “Uno de los más influyentes enfoques del estudio del razonamiento jurídico que se destacan del modelo silogístico del siglo XIX ha sido desarrollado por el lógico y jurista belga Chaïm Perelman. Según Perelman, el razonamiento jurídico no es un razonamiento cognoscitivo que parte de premisas verdaderas y llega necesariamente a una conclusión verdadera. Se trata, más bien, de un razonamiento dialéctico: parte de premisas inciertas y opinables para llegar a conclusiones también inciertas, en el sentido de que nada asegura que la conclusión que este razonamiento justifica sea la única solución correcta para el caso. (...) El objetivo del razonamiento jurídico, desde esta perspectiva, no consiste en declarar lo que una disposición normativa prescribe de por sí en relación a un caso concreto, sino más bien en justificar la decisión judicial confrontando las tesis contrapuestas que pueden ser sostenidas en sede procesal. Y esto sobre la base de asunciones que se consideran compartidas por el auditorio, es decir, por quienes participan directa o indirectamente en la discusión”. (Cfr. CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, p. 27/28). Ainda: “Perelman subraya, en particular, cómo los juristas a menudo recurren a argumentos ‘casi lógicos’ dirigidos a convencer al auditorio, ya que son aparentemente similares a los razonamientos formalmente válidos utilizados en matemáticas y en las ciencias naturales, pero que en realidad no permiten llegar a conclusiones unívocas y ciertas.” (*Ibidem*, p. 28, nota 20).

⁷⁸⁴ V. ZORZETTO, S. *Reasonableness. Italian Law Journal* (2015) 1: 108-139. ZORZETTO salienta que, para alguns, o razoável está na natureza e nas intuições humanas; para outros, envolve conformidade com o senso comum; para outros, depende da argumentação e corresponde ao resultado que persuade os interlocutores, que a aceitam; e há também quem sustente ser a razoabilidade um tipo especial de racionalidade moralmente orientada, que também envolve uma dimensão epistêmica e é persuasiva.

⁷⁸⁵Essas condições variam segundo diversas teorias, mas todas estariam, indica MORESO, encaminhadas em que os agentes em condições ideais sejam seres humanos imparciais, com capacidades cognitivas e afetivas ótimas, capazes de desprender-se dos preconceitos e torpezas que obnubilam a visão. (V. MORESO, J. J. 2009. *La Constitución. Modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid: pp. 101-110).

⁷⁸⁶ “El hecho de que el juez recurra a una pluralidad de esquemas argumentativos concatenados, que justifican tesis diversas —tanto en relación con el contenido de las premisas normativas y fácticas, como a su relación inferencial—, evidencia la inadecuación del modelo silogístico del siglo XIX. La estructura del razonamiento jurídico es mucho más flexible y articulada de lo que este modelo nos da a entender: el juez puede seguir caminos diversos para justificar su decisión y decisiones diversas pueden resultar igualmente justificadas. De esta manera, lo que guía el recorrido argumentativo del juez es, sobre todo, la búsqueda de consenso del auditorio respecto a

algum modo, os dois lados da mesma medalha. Citando J. ESSER, CANALE dirá: “*Bajo este enfoque la racionalidad práctica o ‘razonabilidad’ consiste «en el ‘hacer posible’ un consenso sobre cuestiones de justicia dentro de instituciones sociales y legislativas reconocidas positivamente».*”⁷⁸⁷

CUONO⁷⁸⁸, com efeito, recorda ALEXY para apontar que razoabilidade, nessa linha, é o “conforme à razão prática” (entendida no sentido de correntes da contemporaneidade filosófica, sem recorrer-se à metafísica tradicional) e corresponderia ao bom ou moralmente justo. Razoável – no âmbito jurídico - seria a característica das leis e das sentenças que as fazem compatíveis com a estrutura moral das constituições (frise-se: uma estrutura moral que, rejeitado o fundamento onto-metafísico para a razão prática, passa a ser fruto de algum construto). Razoabilidade, em resumo, corresponderia a uma certa compreensão sobre correção ética, e a uma certa compreensão sobre o que é a justiça em sentido moral. A razoabilidade seria, então, o critério de validade do juízo de valor, representado pela argumentação. Nesse contexto, a ponderação entre valores morais ou princípios jurídicos é tomada por um instrumento não estritamente dedutivo apto a muitas vezes determinar a aceitabilidade de uma decisão. Junto à consagração do valor da “dignidade” como eixo central de constituições e convenções, surgem diversas técnicas de controle constitucionalidade das leis, com o uso da “razoabilidade” pelos juízes constitucionais e com a aplicação da “ponderação”.

CANALE aponta, nessa linha, que

“Un modelo diverso de razonamiento jurídico, que utiliza los instrumentos elaborados por la filosofía analítica conjugándolos con algunas asunciones de la

*una solución equitativa de la controversia. Perelman entiende por ‘solución equitativa’ una decisión que realiza la justicia del caso concreto, es decir, que llegue a balancear los valores en juego haciendo prevalecer aquel más importante, incluso, si es necesario, más allá del precepto normativo. Con esto Perelman no apela a los valores morales universalmente válidos que justificarían, en última instancia, las decisiones judiciales. El razonamiento del juez se realiza siempre en un contexto social e institucional determinado, «en el cual se supone un consenso suficiente entorno a un conjunto de valores comúnmente acogidos». La decisión del juez será justa, entonces, cuando sea sostenida por un argumento que el juez considera que pueda tener «la adhesión de cualquier ser razonable», a la luz de los valores comúnmente acogidos que constituyen las premisas últimas del razonamiento. Sin embargo, en el caso de que se carezca de tal consenso, no será posible alcanzar una solución ‘razonable’ para la controversia: el juez tendrá que adoptar, a través de los compromisos aceptados en relación al caso concreto, «una solución provisoria de los problemas planteados, esperando que la práctica aceptada consienta la elaboración de soluciones legislativas»” (Cfr. CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, p. 29).*

⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 33, nota 29.

⁷⁸⁸ Em resumidas contas, o neoconstitucionalismo metodológico – conforme aduz CUONO - é uma corrente de pensamento que tem em comum as seguintes teses: crítica ao positivismo jurídico, necessária conexão entre direito e moral, interpretação jurídica que consiste principalmente na ponderação de princípios e que – na esteira de uma metaética de caráter cognitivista (mas não metafísica) - pretende a construção de “respostas corretas” a problemas jurídicos. Ademais, propugna um caráter eminentemente prático-normativo (em contraposição ao teórico-descritivo) à ciência jurídica. (V. CUONO, M. *Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N. 3: 44-60 (2012-2013)).

hermenéutica jurídica, ha sido desarrollado por el filósofo del derecho alemán Robert Alexy. Alexy comparte con Wróblewski las consideraciones críticas mencionadas precedentemente con respecto al modelo silogístico del siglo XIX. Este autor también enfatiza el rol central de la 'justificación externa' en la motivación de la sentencia y, por lo tanto, de la exigencia de justificar las premisas de la decisión para controlar la racionalidad de esta última. Por otro lado, el modelo desarrollado por Alexy toma presupuestos teóricos y filosóficos bastante diversos. El razonamiento jurídico no se reconstruye elaborando un modelo que individualiza la estructura formal que la motivación de la sentencia debe asumir para ser considerada jurídicamente justificada. El razonamiento jurídico, en cambio, se concibe como un caso particular de discurso práctico que toma una de sus concepciones para especificar sus propias características fundamentales y sus reglas de funcionamiento.”⁷⁸⁹

ATIENZA⁷⁹⁰ - identificando a noção razoabilidade como um componente comum dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” – aponta que a razoabilidade conduziria, especialmente na interpretação jurídica, para além da aplicação de uma lógica formal, podendo ser utilizada como um critério para justificar porque uma determinada interpretação ou decisão é preferível a - ou mais justificável que - outra. A razoabilidade não se aplicaria a casos claros e rotineiros, mas somente aos denominados casos difíceis (*hard cases*), assim entendidos aqueles que ou não têm solução, ou têm uma solução que resultaria inaceitável, ou ainda têm mais de uma solução (incompatíveis entre si).

LIFANTE VIDAL⁷⁹¹ indica, com apoio em ATIENZA, as características da concepção [neo]constitucionalista de direito que compreende ser a mais adequada para as exigências vinculadas à segurança jurídica: direito como uma realidade dinâmica, consistente em uma prática social complexa que inclui normas de diversos tipos, procedimentos, valores, ações, agentes etc.; importância outorgada aos princípios — ademais das regras — para compreender a estrutura e o funcionamento de um sistema jurídico; tendência de integração entre as diversas esferas da razão prática (direito, moral e política), implicando o reconhecimento de que entre o direito e a moral existe uma conexão conceitual ou intrínseca. Para a autora, os princípios também desempenhariam importante papel como geradores de previsibilidade e de segurança jurídica, porquanto ofereceriam um critério de coerência normativa, o que estaria a demonstrar que para a geração de previsibilidade e segurança jurídicas não apenas razões formais atuam, mas também as substantivas.⁷⁹²

MELLO, comentando o enfoque interpretativo construtivista (e o controle da discricionariedade decisória que se advoga possível), dirá que

⁷⁸⁹ CANALE, Damiano. *El razonamiento jurídico cit.*, p. 39.

⁷⁹⁰ ATIENZA, M. (1987). *Para una razonable definición de “razonable”*. DOXA, No. 4: 189-200.

⁷⁹¹ LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad cit.*, p. 93.

⁷⁹² *Ibidem*, pp. 99/100.

“...conquanto nos casos difíceis a atividade do intérprete não pode ser descrita como meramente cognitiva, porque os textos não oferecem uma solução semanticamente determinada, o reconhecimento da equivocidade ou polissemia dos textos legais não justifica que se confira aos juízes o poder de escolher discricionariamente um dos significados possíveis. De fato, os teóricos construtivistas sustentam que a decisão judicial é um processo de construção argumentativa da solução jurídica a partir dos parâmetros normativos impostos pelo próprio sistema jurídico e dos parâmetros metodológicos oferecidos pelo pensamento jurídico. Para essa concepção, o juiz não descobre a resposta certa nos casos difíceis apenas interpretando os textos nem decide qual a resposta por meio de um ato de vontade, mas constrói a decisão com base em argumentos extraídos dos princípios jurídicos e dos métodos de interpretação e argumentação desenvolvidos pela ciência jurídica.”⁷⁹³

Em suma, pode-se dizer que, rejeitando o formalismo jurídico interpretativo, muitos juristas da atualidade encontraram em perspectivas metodológicas construtivistas ditas não-positivistas (ou pós-positivistas) – assim a neoconstitucionalista – um fértil ambiente para a implementação de peculiares concepções sobre justiça e direito. Se bem procurem afastar-se de uma postura metodológica positivista-legalista, esses modos de compreender o universo jurídico e de recuperar uma conexão necessária entre direito e moral sujeitam-se a não poucas críticas.

CANALE e TUZET⁷⁹⁴ - desde uma linha analítica e empirista - lembram que os críticos da ponderação⁷⁹⁵ apontam a falta de um critério racional para sua aplicação e que ela debilitaria o que se convencionou chamar “direitos fundamentais”, fazendo prevalecer preferências arbitrárias do decisor, que livremente determinaria o conteúdo destes “direitos” e dos assim denominados “direitos humanos”, acabando, para mais, por estabelecer o próprio órgão decisório os limites ao seu poder, gerando incerteza/insegurança jurídica.⁷⁹⁶

⁷⁹³ MELLO, Claudio Ari. Bases teóricas da interpretação constitucional *cit.*, p. 268.

⁷⁹⁴ V. CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial cit.*, p. 194.

⁷⁹⁵ Não são poucos, entretanto, os que entendem haver princípios “imponderáveis”, que não entrariam na dinâmica da “ponderação”. Exemplificativamente, MANERO (V. Manero, J. R.. “Rule of law y Podenración. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de sua teoría estándar”. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>. entende que aplicar a “ponderação” para fundamentar a prevalência de um princípio que justifique uma conduta abusiva violadora da “dignidade da pessoa humana” implicaria justificar a conduta abusiva, o que pareceria um oxímoro (ou um paradoxo, talvez). Desse modo, o dever de tratar a cada um de acordo com a sua “dignidade humana” não poderia ser excepcionado, já que resulta diretamente conclusivo. A “dignidade humana” estaria em um nível de justificação superior ao dos demais princípios, consubstanciando fundamento e justificação para cada um dos direitos fundamentais, tendo, assim, caráter inalienável e irrenunciável, consubstanciando-se em princípio constitutivo de todo o ordenamento e em limite à ponderação, um valor constitucional supremo que não pode ser ponderado com o valor de um outro direito fundamental. Luther, sem embargo, cita Alexy, para quem a garantia constitucional da “dignidade” não implicaria um princípio absoluto. Princípios dela decorrentes - se concorrentes em dadas circunstâncias - comportariam “ponderação” para a verificação concreta de uma prevalência. Outros consideram que, por sua natureza de princípio estrutural, não seria a “dignidade humana” um direito subjetivo diretamente acionável, mas um critério que dirige a interpretação dos direitos fundamentais que derivam da própria “dignidade”.

⁷⁹⁶ CANALE – apesar de reconhecer que concepções antiformalistas (da “nova retórica” e de linhas da “hemenética”) colocam “...oportunamente la atención sobre algunos aspectos relevantes de la praxis

LUTHER⁷⁹⁷, a seu turno, menciona as dificuldades dos constitucionalistas na identificação da fonte jurídica, do cânon ou critério para o uso da “razoabilidade”, a qual muitas vezes tem servido ao juízo de “ponderação” e à “retórica dos pesos e medidas” sem um claro amparo nos textos constitucionais que possa concretamente orientar, legitimar e limitar as práticas “relativas”. A “razoabilidade”, assim, acaba por expandir-se por todo o ordenamento e nada parece subtrair-se ao relativismo das “ponderações”, não raramente, conforme já se pôde destacar⁷⁹⁸, substituindo a *potestas* legislativa pela judiciária e critérios gerais de justiça (dispostos, acresça-se⁷⁹⁹, em normas que – suposto não sejam *corruptio legis* – já contém um juízo de valor realizado pelas instâncias de representação e governo em ordem ao bem comum, a despeito da maior ou menor dificuldade atinente à interpretação, que também leva em consideração os fatos, para o desvelo da coisa justa) pelos subjetivos do intérprete⁸⁰⁰ (ainda que mediante intensa argumentação), resultando em incontrolável discricionariedade e desmedida

*interpretativa y argumentativa oscurecidos por el modelo silogístico tradicional, subrayando el carácter discrecional de las decisiones judiciales y la función retórica desempeñada por la argumentación jurídica” e que consolidaram “...en la cultura jurídica la idea de que el juez desempeña un rol activo en la creación del derecho, tanto al determinar el significado de las disposiciones jurídicas al momento de interpretarlas, como al integrar el derecho cuando un caso no esté disciplinado por alguna disposición”, indaga – desde sua crítica empirista/análitica - se as pretensões (sobre o que fazem e querem fazer essas tendências) seria justificável, concluindo: “...sin embargo, estas consideraciones de tipo teórico están entrelazadas por conjeturas de carácter psicológico, por valoraciones relativas a los aspectos estilísticos del razonamiento, como así también por directivas dirigidas a las cortes, orientadas a conseguir decisiones razonables y equitativas. Esta circunstancia, asimismo, debilita la capacidad explicativa de las tesis antiformalistas, cuyo discurso no ofrece una representación realista de la praxis jurídica concreta sino más bien un reflejo de los deseos y valores del teórico del derecho. Las directivas que estas concepciones dirigen a los jueces se basan en presupuestos problemáticos y controvertidos. Las sociedades pluralistas contemporáneas no parecen caracterizadas por valores o principios morales ampliamente compartidos; en los casos en los cuales estos valores y principios sean identificables, además, su formulación resulta tan indeterminada que cede el paso a la discrecionalidad por parte del intérprete en la determinación de su significado. Los valores y principios morales a los cuales los individuos adhieren en las sociedades contemporáneas son numerosos y están constitutivamente en conflicto entre ellos. Por lo tanto, observados desde este punto de vista, ellos no parecen constituir un recurso adecuado para resolver los problemas interpretativos, ni para justificar la sentencia de modo conclusivo y garantizar justicia para el caso concreto. Por el contrario, recurrir a ellos para resolver una controversia conlleva el peligro de aumentar de modo relevante la indeterminación y la incerteza del derecho, además de acrecentar los conflictos sociales a los cuales el derecho puede dar lugar. En este sentido, tanto la nueva retórica como la hermenéutica jurídica parecen abdicar en favor del rol metodológico tradicionalmente desarrollado por la teoría del razonamiento jurídico. Si bien ambas líneas de investigación han subrayado con mayor énfasis la exigencia de elaborar métodos para controlar la actividad decisional de las cortes, tal control se reduce a un momento de la misma actividad argumentativa e interpretativa que debería ser controlada. Se sigue que estas concepciones se limitan a reconocer un rol determinante, en la interpretación de los textos normativos y en la creación de las normas, a la capacidad de juzgar y al sentido de justicia del juez. Esta posición corre el riesgo de transformar al juez, por un lado, en una figura ideal lejana de la realidad concreta y, por el otro lado, en un sujeto institucional en quien recae establecer por sí mismo los límites al ejercicio de su propio poder.” (V. CANALE, Damiano, *El razonamiento jurídico cit.*, pp. 35/36).*

⁷⁹⁷ V. LUTHER, Jörg. *Razonabilidad y dignidad humana*. ReDCE, No. 7: 295-326. (2007).

⁷⁹⁸ Cfr. “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁷⁹⁹ Veja-se, em similar sentido: AYUSO, Miguel. *El desgobierno de los jueces*. *Revista de Derecho Público* - Vol. 81, 2º Sem. 2014, pp. 13-26.

⁸⁰⁰ Para uma abordagem crítica, embora insuficiente, ao neoconstitucionalismo, confira-se: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 117, janeiro/fevereiro/março, 2009.

interferência de juízes e Cortes de Justiça sobre decisões políticas dos parlamentos e governos, politizando-se, em sentido negativo, a Justiça, e tensionando-se, por fim, fortemente os limites das assim chamadas democracias constitucionais contemporâneas.⁸⁰¹

Não somente isso. Desde a perspectiva *iusnaturalista* tradicional (aristotélico-tomista) – e isto em parte já apontamos noutro estudo –, ao não poucas vezes qualificar princípios desvinculados do fim último do ente racional e do bem comum – desde variadas construções em moral – remodelam proposital, artificial e ideologicamente⁸⁰² o fim da comunidade política, cujas exigências falham como auxílio ao aperfeiçoamento do ente em função de seu bem/fim⁸⁰³ último, e, em seus reflexos políticos, estão a contribuir para uma crescente centralização do poder político.

Para mais, no apogeu de uma revolução antimetafísica e gnosiológica, essas novas metodologias (muitas delas inspiradas pela hermenêutica moderna⁸⁰⁴) – que se utilizam de

⁸⁰¹ V., ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo; 3ª. Edição. – São Paulo: Saraiva, 2011; RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos – São Paulo: Saraiva, 2010. GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). – 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2018. No prefácio desta obra, GRAU aponta para uma virada de posição: “Este livro começa por ser uma distinta versão do meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. De modo tal, porém, que é outro livro. Começava a trabalhar sobre o que haveria de ser sua 6ª edição quando me dei conta de que deveria reescrevê-lo. A uma, porque a experiência que durante seis anos vivi como juiz do STF fora extremamente significativa, enquanto prática de *interpretação/aplicação do direito*. A duas, porque tudo o que pensava a respeito dos *princípios* havia de ser revisto. Além de tudo, porque passei a realmente temer juízes que, usando e abusando dos princípios – lembro aqui a canção de Roberto Carlos –, *sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis*.”. E conclui (pg. 167): “Não me cansarei de repetir que os juízes não produzem Justiça. Vinculados pela ética da legalidade, limitam-se a aplicar o direito, atendendo à objetividade das leis – objetividade que os impede [deveria impedir!] de decidir arbitrariamente. Enquanto a jurisprudência dos nossos tribunais estiver fundada na *ponderação* entre princípios, na arbitrária formulação de juízos de valor, *a segurança jurídica estará sendo despedaçada*.”. Embora em boa parte correto o diagnóstico feito por GRAU quanto ao voluntarismo judicial que se impõe por modernas metodologias interpretativas, frequentemente com o (ab)uso de princípios, a conclusão que expressa desvia-se da clássica compreensão de que o direito é o objeto da justiça, de que a lei é medida/razão do direito, e de que a segurança jurídica, se exige a positivação do direito, deve – e isto vale também para os princípios – deferência a um fundamento objetivo, a natureza das coisas e de cada coisa, à realidade que, se observada, permite conjugar a “seguridade da segurança” com a “juridicidade da segurança” e, em cada caso, atribuir-se a coisa justa devida, o direito, com o que se afasta o voluntarismo e a arbitrariedade. Voltaremos à temática no Cap. III.V.

⁸⁰² Veja-se CASTELLANO: “*La hermenéutica de las normas escritas, también de las constitucionales, impone a las Cortes opciones incluso en la fase de elaboración de la teoría del sistema, las cuales (opciones) son o elecciones ideológicas o reconocimientos de la realidad óptica de las cosas. ‘Tertium non datur’.*” (CASTELLANO, Danilo. *La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la constitución escrita: ¿Hermenéutica o ejercicio de un poder político?* Verbo, núm. 503-504 (2012), 287-306, p. 304).

⁸⁰³ Para uma abordagem crítica ao neocostitucionalismo desde uma concepção *iusnaturalista* clássica, confira-se: DIP. Ricardo: Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? Aquinate, n. 17 (2012), 13-27.

⁸⁰⁴ “1. *En primer lugar, queda en evidencia que a pesar de sus aspectos positivos: crítica del monismo metodológico positivista, revalorización de las tradiciones de pensamiento, impugnación del reduccionismo objetivista del pensamiento moderno, la filosofía hermenéutica ha adquirido una impronta situacionista, historicista y, en consecuencia, immanentista y negadora de la trascendencia, tanto gnoseológica como metafísica, que la inhabilita para dar una solución realista y completa, i.e., verdadera, a las principales aporías filosóficas*

modernas filosofias da linguagem, as quais rejeitam e/ou ignoram as realistas e, portanto, verdadeiras relações entre linguagem, conhecimento e ser - acabam por deturpar tanto a historicidade do homem para transmutá-la em historicismo (“*la disolución total del hombre en un puro devenir histórico, en el que toda nota esencial desaparece y nada queda permanente o estable en él*”⁸⁰⁵) quanto o conceito clássico de pessoa ao encampar formas de fenomenologia e de personalismos ideológicos⁸⁰⁶, revelando uma agnosia das essências e uma postura imanentista e relativista quanto à verdade, exurgindo o sujeito como intérprete de uma realidade a qual é impotente para acessar: uma manifestação, ao cabo, de subjetivismo marcada por um conceitualismo nominalista, que, sentida também no universo jurídico – apesar das inúmeras formas de controle que se busca construir para a técnica legislativa e para balizar metodologicamente os processos de tomadas de decisão –, é mais uma expressão de voluntarismo que somente pode minar expectativas de segurança/certeza jurídicas. Conforme destaca AYUSO:

“En puridad, a la «crisis del derecho», que inauguró el predominio legalista de la impostación jurídica moderna, agnóstica y consecuentemente voluntarista, ha terminado por suceder la «crisis de la ley», tanto más significativa en cuanto que ésta había quedado como el último residuo –es cierto que desnaturalizado y degradado, pero aún operante– de aquél. La presente crisis de la ley surge precisamente de haberse apurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nuestros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión «fuerte» y a su sustitución por sus

*de nuestro tiempo; 2. tanto la gnoseología realista, por su apertura al ser trascendente, como la semántica y la teoría de la interpretación que se siguen de ella, garantizan un reconocimiento equilibrado tanto de la historicidad y relatividad del conocer, del obrar y de la cultura humanas, cuanto de los aspectos objetivos, permanentes y, en última instancia, absolutos, de esas dimensiones de la existencia humana; en especial, en el campo de la teoría de la interpretación, se hace posible una relación articulada y fructífera entre interpretación y verdad, con la consiguiente posibilidad de establecer un criterio de valoración y ponderación entre las diversas interpretaciones”; 3. finalmente, en el ámbito de la filosofía del lenguaje es posible, desde los supuestos de la filosofía defendida por Derisi, emprender la tarea de lo que Alejandro Llano ha llamado la “reposición de la semántica realista”, según la cual las palabras designan las realidades y significan los conceptos abstraídos, directa o indirectamente, de las cosas reales; “la tríada — afirma este autor— signo, sentido y referencia, viene a ser como una nueva versión de la distinción clásica entre lenguaje, conocimiento y ser, que no habían sido suficientemente discernidos por los autores modernos”; en esta tarea imprescindible de reposición o rehabilitación, las ideas defendidas por Derisi en el trabajo que hemos analizado, habrán de cumplir una inestimable función de esclarecimiento, apertura a la realidad y fundamentación rigurosa.” (MASSINI CORREAS, C. I. *Notas sobre hermenéutica, historia y verdad cit.*, pp. 250/251).*

⁸⁰⁵ Veja-se: DERISI, O. N. *Verdad, historia y hermenéutica cit.*. Cito, ainda: “...la admisión de una desesencialización del hombre reducido a un puro devenir sin esencia que devenga, es impensable: se puede formular con la palabra, como lo hacemos nosotros ahora, pero -realmente la mente no lo puede pensar: es absurdo. De aquí que todo historicismo implique la negación del valor del objeto propio de la inteligencia que es el ser o esencia de las cosas, y con ella la negación y destrucción de la inteligencia misma, que, destituida de su objeto formal constitutivo, pierde su sentido y razón de ser. (...) En síntesis, lo histórico en el conocimiento intelectual Sólo Puede afectar al modo de conocer, pero nunca al objeto o realidad trascendente conocida. La inteligencia desde la primera aprehensión conceptual hasta los pasos sucesivos de juicios y raciocinios, sólo procede guiada por la evidencia del ser, que, desde la transcendencia, la ilumina y determina con su verdad o inteligibilidad, con él identificadas.”

⁸⁰⁶ Mais uma vez remete-se a Danilo CASTELLANO. Veja-se o já citado “*Il personalismo e la negazione della persona*”.

derivados «débiles». Desde un ángulo teórico-conceptual, la ley parlamentaria se halla, por causa de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del gobierno, en una defensiva permanente.»⁸⁰⁷

Alcançado o ponto, à guisa de síntese do quanto até aqui exposto, indicado até aqui como impactam algumas correntes *iusfilosóficas* relevantes o debate jurídico contemporâneo sobre o tema da interpretação, pode-se dizer: desde um ângulo geral e revelando-se por diferentes facetas - tendências de formalismos *iuspositivistas* e realismos pragmatistas/utilitaristas/consequencialistas/empiristas deixam transparecer, na verdade, suas raízes nominalistas e voluntaristas, na medida em que compreendem que o direito é criado por um ato da vontade do legislador ou do juiz, cujo móvel para a atividade interpretativa – uma vez não reconhecido o fundamento onto-metafísico para toda atividade prática - pode eventualmente ser um sentimento ou uma razão subjetiva⁸⁰⁸ ou, ainda, uma mera razão de eficiência econômica ou pragmatista; também tendências *iusfilosóficas* não-positivistas mais modernas são atingidas por consequências e desdobramentos do nominalismo, do voluntarismo e por variados graus de agnosticismo em teoria do conhecimento (em especial quanto ao conhecimento prático), pelo que - negando também o fundamento objetivo onto-metafísico para a moral e para o direito – buscam em vão reduzir o arbítrio decisório por diversificados construtos metodológicos em moral e justiça.

III.5 – REALISMO INTERPRETATIVO NA TRADIÇÃO CLÁSSICA *IUSNATURALISTA*.

Adversando, por sua vez, todas essas correntes e fundando-se no objetivismo moral e jurídico de base genuinamente onto-metafísica, desenvolve-se – ancorado na perene tradição filosófica (aristotélico-tomista) - o direito natural clássico, apresentando sua sempre atual compreensão do fenômeno moral e jurídico segundo o fundamento objetivo⁸⁰⁹ imposto pela essência/natureza das coisas, assim a natureza racional do ser humano, por seu lugar na ordem

⁸⁰⁷ AYUSO, Miguel. *El desgobierno de los jueces cit.*, pp. 17/18.

⁸⁰⁸ Em sentido similar: GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Manuales de Metodología Jurídica. III. De la determinación del derecho. Madrid: Fundación cultural de notariado, 2004, p. 100.*

⁸⁰⁹ Sobre os fundamentos metafísicos da ordem moral e sobre o confronto entre a filosofia moderna e filosofia tomista, registrem-se duas obras do argentino Octavio Nicolás DERISI: DERISI, O. N. *Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral. 2ª Edición. Instituto “Luis Vives” de Filosofía. Madrid: 1951;* DERISI, O. N. *Filosofía Moderna e Filosofía Tomista. Tradução Adriel Teixeira (Org. Sidney Silveira). Edições C. I. 1ª Edición. Rio de Janeiro: 2020.*

de todas as coisas, por seu fim/bem e pelo bem comum. Supõe – sem desprezo do contingente - a consideração da natureza de cada coisa (*natura rei*) e de todas as coisas (*rerum natura*) em sua ordem. Uma filosofia jurídica que - bem indica VALLET DE GOYTISOLO - não descuidando do elemento especulativo, não é, entretanto, uma filosofia das categorias e símbolos, mas a da realidade e, assim, coincide com a *iurisprudência*⁸¹⁰, caminho capaz de integrar - também na atividade interpretativa e decisória - a segurança jurídica à justiça.

Se o direito – e isto se ressaltou logo no início da introdução desta tese – é o justo concreto, a coisa justa, ele reclama sua “determinação” pelos juízes, advogados, promotores, procuradores, notários, assessores, particulares etc. Não se trata, propriamente, de “aplicação” do direito (como se o direito se confundisse com a lei positiva) ou de “adjudicação” do direito (como se fosse uma faculdade subjetiva ou pretensão), mas de determinar a própria coisa justa (*ipsa res iusta*) devida no âmbito de cada relação jurídica, que é o justo na ordem das coisas, suposta, portanto, a realidade objetiva. Não se confundirá, portanto, o direito com a lei (embora seja esta razão/medida do direito, é dizer, exerça um papel instrumental com relação a este), menos ainda com a lei positiva⁸¹¹, tampouco se transmutará o direito em pretensão subjetiva, embora, por vezes, a palavra “direito” possa ser – e de fato é – empregada (por analogia de proporção) para conotar algum destes sentidos secundários. Direito e norma (tomada esta em sentido amplo [leis, costumes, princípios gerais], não no sentido dado por alguns *iusfilósofos* empiristas [que a tomam pelo resultado da interpretação]), portanto, não se confundem em seu sentido primeiro, porque o analogado principal de “direito” (*ius*) é o justo, a própria coisa justa devida.

Se é verdade, como faz notar AYUSO⁸¹², que à função de potestade jurisdicional cabe a determinação/objetivação do justo concreto (com o que se faz atuar a justiça particular - distributiva e comutativa) e não a determinação do próprio bem comum da comunidade, e à função governativa cabe a ordenação em prol da justiça geral e sua pauta do bem comum, isso não significa que na interpretação judicial não se deva – ainda que observado o balizamento dado por normas (e princípios), e sempre com a devida deferência às funções executiva e

⁸¹⁰ V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, p. 545.

⁸¹¹ “...las leyes humanas positivas son necesarias, pero la razón de su necesidad pone de manifiesto su carácter instrumental en relación con la determinación del derecho como lo justo concreto, ya que la razón de su necesidad radica en que es preciso para la paz asegurar el acierto en la determinación del derecho, y este aseguramiento se consigue mediante las leyes humanas positivas.” (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1090).

⁸¹² AYUSO, Miguel. *El desgobierno de los jueces cit.*, p. 23.

legislativa e à natureza das coisas e de cada coisa – observar-se as exigências da justiça geral e sua pauta do bem comum, fim da comunidade política. Entre outras razões que permitem essa assertiva, destaca-se, apenas de modo exemplificativo: é a justiça geral que deve presidir e reger a justiça particular; se a *interpretatio legis* é parte da *interpretatio iuris* e se toda lei é (ou deve ser) um ato da razão em ordem ao bem comum, na *interpretatio legis* (e, ao cabo, na *interpretatio iuris*) não se poderá perder de vista o que é esse bem comum temporal a que se ordena a lei promulgada pelo governante, de modo que se o juiz não define o bem comum, orienta-se a ele, como a causa final remota; é uma realidade do direito positivo atual, ainda que marcada por graves, criticáveis e cada vez mais recorrentes episódios de ativismo judicial, a previsão constitucional e legal de atuação dos órgãos judiciários para fins de controle de constitucionalidade das leis, de modo que, nessa atuação, igualmente não se poderá perder de vista, respeitadas as balizas antes mencionadas, a pauta do bem comum; no ordenamento brasileiro positivado, prescreve-se explicitamente que “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁸¹³

Para o *iusnaturalismo* clássico, a determinação do direito e, particularmente, a determinação judicial da coisa justa devida, reclama um método. SOLER apontará que VILLEY fala em “invenção do direito”, pois não se trata de um modelo que, confundindo lei com direito, pretende-se meramente técnico e científico (como nas ciências físicas ou matemáticas) ao proceder (ao menos declaradamente) de modo mecânico-silogístico-dedutivo⁸¹⁴, tampouco de um modelo puramente retórico/argumentativo ancorado em uma razão prática não objetivamente fundada, mas de aplicar o método dialético (como tradicionalmente concebido⁸¹⁵) para - guiando-se pelo bem real do ser humano e pelo bem comum, apoiando-se

⁸¹³ Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁸¹⁴ Diz SOLER: “...según Villey, «toda metodología del derecho es una continuación de la filosofía de las fuentes del derecho», esto es, depende de los criterios adoptados respecto de las fuentes del mismo: «Si el derecho es pura y simplemente la ley, es claro que el rápido recurso a los códigos o a las leyes especiales solucionará nuestro problema y la misma conclusión cabe colegir si el derecho son los hechos, ya que el positivismo {...} no hace otra cosa que trasladar a la norma los hechos de la realidad social. En definitiva, la ciencia jurídica contemporánea —desde la jurisprudencia humanista del siglo XVII en adelante— ha mantenido el ideal de que el derecho es ciencia; que sus conocimientos, sean del contenido que fueren, pueden ordenarse de forma sistemática y, frente a un problema, obtener por razonamiento lógico-deductivo impecable, la solución adecuada. El ideal de la seguridad jurídica y la presunción de que el derecho puede reducirse a una teoría general compacta y autosuficiente, recorre todo el pensamiento jurídico occidental desde que se criticara sin concesión el método de los bartolistas —orientado al problema y se vituperara el desorden del Digesto en favor de un derecho romano llamado a ser razón escrita.»”. (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, pp. 1093/1094).

⁸¹⁵ VILLEY apud SOLLER: “Villey describe el método dialéctico en los siguientes términos: «{...} Sobre cada cuestión el dialéctico ha de aprender a transportarse a los lugares o puntos de vista diversos, desde los cuales habrá de ser considerada la cosa. Tal parece ser, al menos, el sentido étimo lógico y primero de la palabra *topos* {...}. Cada lugar es fuente de argumentos: hay todo un arte del descubrimiento de las premisas.— (...) Estamos ante un arte de distinguir, los jurisconsultos forjarán el derecho por sus constantes distinciones.—Pero también

em normas e princípios onto-metafisicamente fundados (que atuarão como medida/razão e norte interpretativo), não se descurando da ambiguidade da linguagem nem de sua pluralidade semântica (mas perseguindo a adequação das palavras às coisas) e, ainda, observando a dialética processual e o aporte de cada participante,- racionalmente investigar e perquirir informações, circunstâncias e argumentos e, ao final, deliberar sobre os meios conducentes à realização da coisa justa devida na relação jurídica, determinando-se e provendo-se o direito. Um método⁸¹⁶ que, em suas aplicações contingentes, reclama tanto a via dedutiva quanto a indutiva⁸¹⁷, não se negligenciando, neste *iter*, os tópicos da tradição (cujo valor depende do *ethos* virtuoso) nem a experiência (que não se reduz aos dados apreendidos pelos sentidos, mas compreende a integralidade da atividade intelectual em constante relação com o concreto), e que revela o estreito laço que mantém com a virtude intelectual da prudência, reta razão do agir, com a sua parte principal integrante (a *providentia*), inclusive.

DIP recorda que a “palavra grega, *hermeneia*, corresponde ao latim *interpres*, *interpretis*”, significando “intérprete”, “aquele que explica”, e, também, “intermediário, medianeiro”⁸¹⁸.

una tarea de semántico {...}— ¿De qué se trata? De perseguir la adecuación de las palabras a las cosas: de buscar su mutuo acuerdo. El razonamiento dialéctico no es, como los sistemas idealistas, un mundo de palabras cerrado sobre sí mismo. El dialéctico parte de diversos puntos de vista para lograr cerner la cosa. La cosa es el punto de mira de la operación; uno, a través de la diversidad de fórmulas contradictorias, se esfuerza por obtener su inteligencia y su intuición, en la forma menos incompleta (...).—(...) Nadie se hará ninguna ilusión sobre el valor de los resultados. (...) La misma elección del maestro de juego, al cual le corresponde cerrar la investigación, por una decisión que es discrecional, pero no gratuita, y que está preparada por el debate que, en el marco de un procedimiento reglamentado ha recorrido todos los diversos aspectos de la cosa disputada, ha suministrado así la perspectiva más alta y más completa (...) que quepa obtener de ella provisionalmente en un grupo.— La dialéctica junta en un único cuerpo esos dos momentos: el diálogo y la decisión.— (...) Pero este método ha caído en desuso. Al menos, ya no se enseña.— Los modernos lo han abandonado, lo han postergado a otros modelos de razonamiento: modelos de las matemáticas o de las ciencias experimentales.” (Ibidem, pp. 1095/1096).

⁸¹⁶ “...para *determinar* - vale dizer, definir, demarcar, assinalar os termos – repete-se: para *determinar* a coisa justa de um suposto concreto há não só um caminho (ou método) adequado, que passa pela meditação das normas (leis e costumes) e da jurisprudência tanto doutrinária, quanto pretoriana (incluída a administrativa), senão que, igualmente, esse caminho transita pelo *caso*, por sua diagnose (*la diagnosis del hecho*, de que falou Castán Tobeñas) - porque é no caso que se acha individuado o justo concreto, e é no caso que ele deve descobrir-se. Esse caminho é o de uma larga via em espiral, em que se induz do caso às normas, deduz-se das normas ao caso, volta a induzir-se, torna deduzir-se, e *cosí via*, *meditando-se* sob a luz da natureza das coisas, da normativa posta, da doutrina e dos julgados, até chegar à ‘norma do caso’ (...). Ora, isto implica não só a *compreensão* de caso (ou título) e norma, mas também uma *interpretação*, a que sucede, ao fim, a *determinação* do direito do caso. Trata-se, pois, de três operações, cada qual com suas complexidades: compreender, interpretar e determinar.” (DIP Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Tomo II Editora Primvs, 2017, p. 73).

⁸¹⁷ Veja-se, em reforço: “*La prudencia jurídica es, entonces, analítica y sintética, lo que significa que en su desarrollo tienen lugar los dos modos principales con los que la inteligencia humana procede ordenadamente al logro de la verdad*”. (MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 79).

⁸¹⁸ DIP Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Tomo II Editora Primvs, 2017, p. 75.

SOLER, citando VALLET GOYTISOLO, afirmará que “[i]nterpretación jurídica, genuinamente, significa «mediación entre las normas de derecho —desde la ‘rerum natura’ y los ‘iura maiorum’ a la ‘lex’— y los hechos concretos de la vida social humana».⁸¹⁹

Mas, recorda SOLER, ainda com apoio em VALLET, que esse escorreito e tradicional método, cultivado pelos jurisconsultos romanos até o século XVIII, sofreu o abalo do racionalismo e do iluminismo e da confusão entre lei e direito, culminando na visão nominalista-positivista e formalista que reduzia a interpretação do direito à interpretação da lei (enquanto reconstrução da vontade objetiva ou subjetiva do legislador), somente tornando, já no século XX, a reaparecer para superar o formalismo positivista, com a recuperação da ideia de justiça, com a reaproximação entre direito e moral e com valorização do papel da equidade:

“Vallet pone de relieve que hasta fines del siglo XVIII el método jurídico se había orientado predominantemente a la determinación del derecho como lo justo concreto. En cambio, la doctrina había evolucionado hacia la elaboración adecuada de las leyes naturales y positivas; así, la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, y las líneas racionalista e iluminista; con olvido de la metodología de la determinación del derecho como lo justo concreto y con el desplazamiento de la concepción primigenia del derecho hacia la identificación del derecho con la norma positiva, olvidando la significación original y genuina del derecho como lo justo concreto. El sueño iluminista de que los jueces no tuvieran sino que aplicar automáticamente la ley, fue recogido por el despotismo ilustrado. La Revolución Francesa, para evitar las «presuntas» usurpaciones del poder judicial sobre el legislativo, reservó a la asamblea legislativa la facultad de interpretar la ley. La ruptura con el método clásico que concebía la interpretación como mediación entre normas y hechos se produjo, en la práctica, hacia la segunda mitad del siglo XIX, cuando se dió a conocer una nueva generación de jurisconsultos ya formados en el espíritu de los códigos. Podría decirse que el derecho, ya identificado con la ley, quedó encerrado en los códigos (ley codificada) y que la interpretación del derecho, ahora reducida a interpretación de la ley, también quedó, al menos teóricamente, encerrada en los códigos. La interpretación deja de ser mediación entre norma y hecho, y deviene simple reconstrucción de la voluntad del legislador. Se hablará de un elemento lógico de la interpretación, pero no para referirlo a la ratio legis, a la razón de justicia, sino a la mens del legislador; y también de un elemento histórico, sólo para iluminar la mens subjetiva del legislador. El punto de partida de la Escuela de la Exégesis: la identificación del derecho con la ley, vicia su concepción de la interpretación, que necesita presuponer que la ley regula todos los casos singulares: es el postulado de la plenitud de la ley, plenitud que, en sus versiones más desarrolladas, se refiere a la reconstrucción del pensamiento del legislador «en su plenitud», o sea, todos los casos singulares están incluidos en la ‘mens’ del legislador. Esta pretensión de plenitud cae por su base, ya que la ley es abstracción de lo que ocurre aquí y ahora. Transcurrido un tiempo o cambiado el lugar, sus circunstancias, ¿cómo puede decirse que la mens del legislador contempló y reguló los nuevos y distintos casos singulares?. En suma: no puede sustituirse la realidad de la vida social por el texto de una ley. Este sólo puede facilitar el conocimiento de aquella realidad viva. La ley es cierta razón de derecho: perdura lo que perdura esta «razón». Pero existe otro defecto más grave: la posible injusticia de la ley. Sto. Tomás de Aquino enseña que la ley humana «tendrá fuerza de ley en la medida que sea justa»; una cosa es justa cuando es conforme a la regla de razón, primariamente, a la ley natural. Si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de ley. Con Savigny la interpretación queda

⁸¹⁹ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1097.

reducida a intelección de la ley; su aplicación, después de interpretada la ley, es una operación muy sencilla. Su concepción de un sistema científico posibilitó la línea de la jurisprudencia de conceptos. En esta última doctrina, la 'rerum natura' es sustituida por el sistema científico resultante de la racionalización de conceptos puros, y la 'natura rei' es sustituida por un concepto ideal o puro. En este siglo XX se han realizado y realizan esfuerzos a fin de superar el positivismo normativista a partir de la consideración de la idea de Justicia, de la naturaleza de las cosas con los valores ínsitos en ellas, con retorno a la equidad".⁸²⁰

Alcançado o ponto, é preciso agora destacar – com a tradição clássica *iusnaturalista*⁸²¹ e bem vistas as coisas – que se a atividade interpretativa jurídica (que visa a determinar o justo concreto nas relações jurídicas) se dá na tensão entre a norma (e/ou o precedente) e as exigências fáticas⁸²² e não se reduz (e não se deve reduzir) à mera atividade cognitiva do conteúdo da norma positivada (legislativa ou convencionalmente) ou da vontade do legislador para uma aplicação mecânico-silogística simples (o que se torna especialmente difícil quando as normas – de si já concebidas em molde geral e abstrato para um indeterminado número de casos - crescentemente encerram princípios cuja concreção pode dar-se de modo diametralmente oposto a depender dos supostos ético-filosóficos [ainda que inconscientes] do intérprete), tampouco se admite (ou se deve admitir) que encarne uma manifestação de voluntarismo decisório (pelo qual o positivismo da vontade do legislador transfere-se para um positivismo da vontade do juiz⁸²³) ou bem pragmatista/utilitarista que se queira justificar já por

⁸²⁰ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1101/1202.

⁸²¹ O *iusnaturalismo* tradicional ou clássico em muito difere dos *iusnaturalismos* da modernidade - idealistas, voluntaristas ou racionalistas – os quais estão destituídos de um caráter genuinamente onto-metafísico no sentido aristotélico-tomista. Conforme GALVÃO DE SOUSA, são doutrinas “excessivamente abstratas e constituídas pelo abuso do método dedutivo” e transformam “o direito natural em um sistema imutável deduzido *more geometrico* de um conceito abstrato da natureza humana e válido para todos os povos e todos os tempos”, “um conjunto de normas que deve servir de modelo às legislações”, nas quais são positivados os direitos naturais subjetivos, não raro confundindo o direito natural com uma espécie de direito ideal. (V. GALVÃO de SOUSA, José Pedro. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 9/13).

⁸²² “*Se trata de la sempiterna contraposición -lúcidamente planteada y resuelta por Aristóteles- entre la justicia dimanante de la ley positiva, de una parte, y la equidad, de otra, a la que hoy se prefiere denominar justicia del caso concreto*”. (V. GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Metodología Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 396).

⁸²³ “Sem deixar, pois, de admitir o bem que havia na reação antinormativista dos meados do século XX ao buscar incluir no gênero normativo a classe dos princípios, normas finalísticas, destinadas ao melhor dos mundos possíveis, o fato é que essa busca ficou a meio caminho: sua visão de uma ordem jurídica universal contentava-se com uma visão racionalista do direito natural, cujos supostos exatamente reincidiam num positivismo substituinte do anterior. Talvez seja de fato possível diagnosticar uma síndrome que parece acometer parcela considerável dos juristas, nisto que incapazes de perceber o direito à margem das letzinhas dos diários das leis, e isso poderá explicar o motivo de a proclividade especulativa refratária ao normativismo kelseniano se ter acomodado à ideia de princípios transpositivos, é dizer, de algum modo indeterminados, mas postos o mais possível a salvo de intervenções ablatórias: daí a atribuição de força normativa às constituições, imputando-se ao novo direito constitucional o papel que o *iusnaturalismo* dito clássico reservara ao direito natural. (...) Essa constitucionalização ou fundamentação de princípios, por mais tentasse resguardá-los contra interferências supressivas no plano legislativo, perseverou sob o domínio da *livre determinação de conteúdo* dos direitos humanos, o que passou a sugerir procedimentos de substantivação por um órgão jurisdicional que completasse as normas abertas e garantisse, assim, esses direitos humanos até mais além dos propriamente tornados fundamentais. Esse órgão judicial, em palavras de Cristina Queiroz, operará ao modo de um ‘substituto funcional da Revolução’, transmutando, de fato, a supremacia legicêntrica em uma supremacia judicial, escorada nas sentenças dos

um ceticismo radical quanto à semântica da linguagem e quanto à objetividade/correção moral de um juízo prático⁸²⁴ (corolário de uma proclamada divisão entre o mundo dos “valores” e o mundo dos “fatos”, entre *ser* e *dever*), ou bem por uma nova retórica e uma hermenêutica que – supondo perseguir “respostas corretas” por construtos em moral e justiça - apela a uma razão prática discursiva/argumentativa destituída de um fundamento genuinamente objetivo para em vão tentar emprestar alguma racionalidade à atividade interpretativa e ao processo de tomada de decisão judicial.⁸²⁵

tribunais. Assim essa tendência de fundamentalização dos direitos humanos –ou seja, sua constitucionalização em um grau de superioridade formal no ordenamento jurídico–, ao desviar-se pela trilha da codeterminação judiciária tinha de redundar logicamente no *numerus apertus* dos direitos humanos, de modo que não apenas as constituições estariam aptas a, formalmente, recepcionar novos direitos fundamentais –que não cessam de ter novas gerações ou dimensões–, senão que, além disso, haveria, como já há, o reconhecimento de direitos fundamentais não constitucionalizados. Se, de uma parte, pode pensar-se em que o novo constitucionalismo corresponderia a uma forma histórica de ressurgimento do direito natural, por meio da positivação de princípios referíveis à dignidade da pessoa humana, cabe, de outra parte, considerar se a reserva estatal de determinação e sobredeterminação das normas não levaria apenas, na expressão de Robert Dahl, a um ‘novo normativismo’, a um normativismo de sistema aberto, no qual as normas são ora mandatos precisos e claros –equivale a dizer, são regras–, ora, diversamente, mandatos incompletos, princípios; mas sempre normas. Ou seja, tem de perguntar-se se o *novo* direito natural, com sua roupagem de direitos humanos, não é já somente uma espécie de positivismo, o positivismo (agora, sobretudo) judicial, em que o direito se ostenta como um grande código revestido por togas.” (DIP, Ricardo. Direitos Humanos e Direito Natural *cit.*). Ainda, DIP: “Estariamos acaso nas fronteiras de uma distinção entre um sistema ortodoxo de autopoiese jurídica, fortemente regulativo, e um normativismo aberto, uma autopoiese heterodoxa, em que a ‘abertura cognitiva’ não se limita aos fatos mas, até mesmo com força retroativa, escolhe na elasticidade dos princípios o sentido de uma regra? Isso não testemunha, entretanto, a reiteração pós-moderna de um poder estatal onicompreensivo em que o direito se define e retroopera a partir da cabeça dos juízes? Equivale a falar, não será que estamos diante apenas de uma outra espécie de positivismo, o positivismo judicial, em que o direito se figura como um grande código revestido por uma toga?” (DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? *Aquinate*, n. 17 (2012), 13-27). Por fim: “É avistável que a revolução das bases de todo o direito, com a conseqüente falta de limites racionais para sua produção, compreensão, interpretação e aplicação, importa em exasperar a *intentio lectoris*, de modo que os enunciados normativos todos e os fatos nunca terminam de sindicar-se: há um contínuo livre exame, tal o exemplo da roda de Ixiôn e, por isso, “*seule la main de Dieu*”, comenta Ivan Éliassalde, poderia agora deter a vontade do intérprete. Mas nesse mundo pós-moderno, não nos esqueçamos, Deus está morto.” (DIP, Ricardo. O niilismo jurídico pós-moderno. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 12, nº 1, p. 93-112, julho/dezembro – 2012).

⁸²⁴ Recorde-se que, para correntes do realismo empirista, sequer existe propriamente uma razão prática: “*La metaetica di Ross è non-cognitivistica: non esiste alcuna “conoscenza pratica”. Ora, per conoscenza pratica, o normativa, si intende la conoscenza di valori e doveri (moralì). Il che è quanto dire, dal punto di vista dell’analisi logica del linguaggio, che gli enunciati (o almeno alcuni enunciati) valutativi e/o deontici hanno valori di verità. Ebbene, secondo Ross, così non è. Semplicemente, non esistono verità morali. E pertanto gli enunciati che asseriscono l’esistenza di valori e/o doveri non possono dirsi né veri né falsi. Il cognitivismo etico, in tutte le sue numerose varianti, puntualmente commentate da Ross, poggia su basi metafisico-religiose. Ross, muovendosi qui nel solco non del positivismo logico o della filosofia analitica, ma della “filosofia di Uppsala” – di Hägerström in particolare – anticipa così l’emotivismo di A.J. Ayer (Language, Truth, and Logic, 1936) e di C.L. Stevenson (Ethics and Language, 1944). Sul tema Ross tornerà ancora qualche anno più tardi in un saggio, più analitico e meno psicologicistico, “Sulla natura logica delle proposizioni valutative” (1945). Gli enunciati morali, i giudizi di valore – le “proposizioni valutative”, li chiama Ross – non sono asserti fattuali di alcun tipo, non hanno “natura logica”, egli dice: semplicemente, esprimono emozioni, impulsi irrazionali.” (R. GUASTINI, “Alf Ross, Maestro di Giuspositivismo”, in Ross, Alf. *Critica della Cosiddetta Conoscenza Pratica. E nel contempo prolegomeni a una critica della scienza giuridica. Traduzione dal tedesco in italiano di Gianfranco Giadrossi. Mimesis/Law Without Law. N. 36, pp. 38/39).**

⁸²⁵ Pertinentes as observações de DIP: “Algumas correntes modernas da hermenêutica em geral, incluindo a jurídica, desembocaram no relativismo, renunciando à possibilidade de chegar à terra prometida — como se referiu Paul Ricouer ao desembarque na realidade objetiva. Para essas correntes, que têm sua graduação, essa realidade

Se a expressão “fontes do direito” – e isto destaca GOYTISOLO – liga-se a concepções nominalistas e subjetivistas e vem marcada pela confusão entre direito e lei (estendida, por vezes, aos costumes, à doutrina e à jurisprudência), na tradição realista do direito natural clássico, em que se concebe o direito como a própria coisa justa devida em concreto, deve-se adotar a perspectiva dos “elementos mediadores entre a ordem da natureza das coisas e os fatos jurídicos”, é dizer, dos “instrumentos que servem para aproximar e facilitar a concreção em ato do que em cada caso determinado é justo”, que são, segundo o autor, os princípios ético-jurídicos, tradicionais e políticos, os princípios e subprincípios de cada ramo do direito, as leis em sentido geral (incluídas as naturais e positivas), as normas introduzidas pelo costume, pela jurisprudência dos tribunais ou impostas pelo poder político, os convênios e pactos, gerais ou particulares, e as disposições unilaterais de vontade.⁸²⁶

Estando o justo na ordem das coisas, requer-se, para encontrá-lo, um método que faça a mediação entre a ordem das coisas e os fatos jurídicos, do que decorre a necessidade dos “elementos mediadores entre a ordem da natureza das coisas e os fatos jurídicos”:

“... después de contemplar la naturaleza de las cosas e, inmerso en ellas, al hombre como objeto e sujeto pasivo de su orden, con el tejido social humano, para abordar el hecho jurídico deben enfocarse y examinarse los elementos mediadores como instrumentos que son para tejer el orden institucional, a fin de que éste sea adecuado a las circunstancias geográficas, económicos, políticas e históricas, con la meta de aproximarnos lo más posible a la justa y equitativa determinación y concreción de los hechos jurídicos, ya sea negocial o bien conflictualmente realizadas.”⁸²⁷

O entranhamento no real do método interpretativo e de determinação do direito para o *iusnaturalismo* clássico é, assim, manifesto. SOLER o destaca:

objetiva, em suma, não pode ser conhecida, nem, pois, definida. Resta-lhes o simples conforto de sua interpretabilidade —predicado que radica numa ficção intersubjetiva, de maior ou menor consenso. Trata-se de uma afirmação idealista, clausurada à verdade das coisas, restringida à mecânica da conformidade do pensamento consigo próprio (Kant), quando muito estendida a conformar a “verdade” com sua funcionariade (pragmatismo) ou com a vontade de quem a impõe (voluntarismo), forçosa ou persuasivamente.” (DIP, Ricardo. Segurança jurídica *cit.*, pp. 122/123). Diz, por sua vez, AMADEI, introduzindo a leitura de que as alterações à Lei de Introdução reforçam uma compreensão realista (no sentido aristotélico-tomista) sobre interpretação e aplicação do direito: “Impõe-se, então, avançar o passo, ou seja, ir além de uma leitura limitada a essas práxis teleologistas, com eixo no consequencialismo ou no proporcionalismo, para recuperar e revitalizar uma ética, um direito, uma interpretação e uma aplicação jurídica realista, que não despreza as conseqüências práticas e as proporções dos valores e bens, mas não os reduz a um método argumentativo decisório, pragmático ou de proporcionalidade, que se contente com uma extensa e razoável fundamentação exposta na decisão ou na sentença, e que, embora vá além dos lastros dogmáticos e até que chegue às conexões lógicas e axiológicas, continue fazendo *tabula rasa* de sua fundamentação ontológica.” (AMADEI, Vicente de Abreu. Interpretação Realista *cit.*, p. 74).

⁸²⁶ Veja-se: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”*. Introducción a su estudio. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 34, Nº 4, 1981, págs. 825-902; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, Nº 2, 2001, págs. 519-546, em especial p. 537.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 533.

“‘*Rerum natura*’ y ‘*natura rei*’ devienen así el elemento nuclear de la interpretación jurídica, porque ontológica y metodológicamente constituyen la perspectiva adecuada para captar de la forma más completa posible la realidad de la cosa, esto es, de la causa examinada o enjuiciada, mediante el ‘*sensum naturale*’ («*seny natural*») y la ‘*naturalis ratio*’, considerando la cosa en sí misma y poniéndola en relación con sus consecuencias. Recordemos que el derecho está en la cosa, es lo justo en el orden de las cosas. Para hallarlo son necesarios mediadores: las leyes, en el sentido antes dicho: leyes divino—positivas, principios generales, jurisprudencia —con auctoritas—, costumbres, y leyes humanas —con potestas—. Estos mediadores son necesarios, pero instrumentales con relación a la determinación del derecho como lo justo concreto; y para desempeñar adecuadamente su función mediadora debe establecerse una constante comunicabilidad y complementariedad con la ‘*rerum natura*’ y con la ‘*natura rei*’. La interpretación jurídica en su sentido genuino consiste en analizar un hecho, una situación, una relación, para descubrir, hallar, el derecho —lo justo concreto—, que subyace en él. La interpretación abraza inseparablemente la cosa y el derecho.”⁸²⁸

Conforme VALLET DE GOYTISOLO,

“... en su genuino concepto jurídico la *interpretatio* del pretor o de los jurisconsultos era una ‘mediación’ -según advirtió Ihering- que efectuaban entre el derecho y las exigencias de la vida, y que, por tanto, requería la previa comprensión, inteligencia y entendimiento del texto de las leyes tanto como de la realidad a la que se trataba de aplicarlas.”⁸²⁹

SOLER, amparando-se em VALLET, reforça a concepção de interpretação de que ora se trata:

“...es preciso retornar a la originaria amplitud de la interpretación jurídica; a que en el conjunto de instrumentos dialécticos que surgen en el proceso se incluyan, no sólo los textos legales positivos, sino también la ‘*rerum natura*’ y la ‘*natura rei*’, como expresión, ésta, de la unidad inescindible que comprende el contexto físico, económico, político y social, apreciado en la atmósfera de ideas circundante, y expresado con el lenguaje adecuado. De esta forma la interpretación jurídica incluye: — la intelección del texto de la ley; — y la explicación del contexto a que se refiere, esto es, de la ‘*rerum natura*’ y de la ‘*natura rei*’.”⁸³⁰

É dizer, a interpretação jurídica supõe atos da potência intelectual voltados tanto à compreensão e desvelo do conteúdo da norma posta quanto ao entendimento dos fatos, não prescindindo, pois, da verdade (também a verdade dita prática⁸³¹, a despeito de sua dificultosa

⁸²⁸ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1104.

⁸²⁹ V. GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Metodología Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 404. Citando também GOYTISOLO, veja-se NALINI: “A palavra latina *interpretatio* procede de *interpretor*, que por sua vez vem de *interpres*, originalmente mediador, seja entre os deuses e os homens, entre fatos presentes e a predição do futuro, entre duas partes beligerantes como negociador da paz. Em seu genuíno conceito jurídico, a *interpretatio* do pretor ou dos jurisconsultos era uma mediação - segundo advertiu Ihering - que se efetuava entre o direito e as exigências da vida e que, portanto, requeria a prévia compreensão, inteligência e entendimento do texto das leis, tanto como da realidade a que se tratava de aplicá-las (Goytisoló, Metodologia Jurídica. Madrid: Civitas, 1988, p. 404).” (NALINI, José Renato. A rebelião da toga. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336, nota 54).

⁸³⁰ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1103.

⁸³¹ “Desse modo, a verdade prática é definida desde Aristóteles como a conformidade da razão com o apetite reto, ou seja, como a conformidade dos meios proporcionados pela razão deliberativa aos fins apresentados pela vontade reta”. (V. BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. Verdade prática e ciência jurídica: uma breve reflexão sobre os três níveis do conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da FMP – nº 9, 2014, p. 124-136, p. 12).

extração em não poucos casos), que é o objeto formal próprio de todo ato intelectual. GOYTISOLO, desenvolvendo o tema da justiça como verdade, recorda que

“SANTO TOMÁS DE AQUINO, cuatro siglos antes que VICO, había recordado que algunas veces la justicia es llamada verdad; y, ante la objeción a ello opuesta de que la justicia es virtud de la voluntad, respondió: «dado que la voluntad es apetito racional, la rectitud de la razón, que se llama verdad, impresa en la voluntad por la proximidad de ésta a la razón, retiene el nombre de verdad. (...) Sobrevolada esta perspectiva de la justicia como verdad –‘verum’-, que se nos presenta como ‘sumum bonum’, expresión de lo equitativo –‘aequum’-, impartirla exige que la justicia siga a la verdad. No puede haber justicia donde la verdad falta. Y esa verdad exige que el ‘ius’, o sea el ‘directum’ o derecho, responda a lo naturalmente justo.”⁸³²

Ainda que não se possa conhecer de modo completo a essência de uma coisa, mas só de modo parcial ou imperfeito, o que dela se conhece corresponde de fato ao que ela realmente é (relação de adequação entre o intelecto e a coisa). O problema nuclear que atinge muitas das modernas teorias filosóficas e jurídicas radica em seus supostos nominalistas, de modo que, se alguma solução real e efetiva se pretende ofertar

“... es preferible volver los pasos hacia atrás hasta la encrucijada». Es decir, proyectando al mundo jurídico esta solución, puede decirse que, «en nuestra situación presente, lo más corto puede ser remontarse al gran debate filosófico de la escolástica medieval, en el momento decisivo de escoger entre SANTO TOMAS y OCKHAM, cuando el nominalismo y el realismo cruzaron sus espadas». Si optamos por el realismo del AQUINATENSE, creemos que se puede hallar una verdad objetiva en las cosas mismas para determinar lo justo, aunque reconozcamos que esta verdad no es fácil de conseguir sino parcialmente por el hombre, dadas las limitaciones que sufrimos por nuestra ignorancia, nuestras pasiones, nuestros errores, nuestras concupiscencias. Pero esa búsqueda debe ser necesariamente el objetivo y la meta de quienes servimos al derecho, y tenemos la misión de cumplir la ‘constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuens’. Es un objetivo que no es fácil de lograr, pues, el derecho debe acomodarse a las infinitas y cambiantes circunstancias de persona, lugar y tiempo. Ocurre que, entre la infinita variedad que presentan las cosas en el espacio y en el tiempo, aunque existe algo que es estable, ‘aliquid stabile’, siempre hay algo que cambia, ‘aliquid ad motum partinens’ como decía SANTO TOMAS. (...) Sin embargo, si no se cree en la verdad de la justicia, por difícil que sea alcanzarla, o si no se ponen todos los medios para conseguirla, se cae en el caos, en la corrupción, en el uso alternativo del derecho, en un positivismo duro e irracional. Para aproximarse a la meta de una resolución justa no hay otra opción que creer en ésta, y dirigirse hacia ella, poniendo todos los medios precisos, en esforzarse por alcanzarla o, por lo menos, por llegar lo más cerca posible de ella,

Ainda, a nota dos autores: “ARISTÓTELES, EN, VI, 1139a 30: ‘puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga. Esta clase de entendimiento y de verdad es práctica’. TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*, I-II, q. 57, a. 5.: ‘a verdade do entendimento prático está na conformidade com o apetite reto e essa conformidade não cabe nas coisas necessárias, que não dependem da vontade humana. Ela é possível somente nas coisas contingentes, que podem ser feitas por nós, seja nas coisas interiores, seja nas exteriores. Logo, só se afirma a virtude do intelecto prático em matéria contingente: quando se trata de produzir algo, é a arte; quando se trata do agir, é a prudência’. Também em TOMÁS DE AQUINO. *Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Livro VI, Lição 2, p. 233-234.” (*Ibidem*, nota 1, p. 125).

⁸³² VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *Derecho y verdad. Verbo*, núm. 347-348 (1996), 709-730, p. 711.

*con constante y perpetua voluntad de determinar, en cada caso, lo más justo y equitativo.*⁸³³

No âmbito jurídico – e isto recorda DIP⁸³⁴ – sem “recusar a possibilidade de certezas absolutas” (como os “primeiros princípios da razão prática”) ou o “caráter universal das conclusões próximas desses princípios primeiros”, remanesce, todavia, um largo campo em que devemos nos mover pelo provável, pelo verossímil, com amplo recurso à dialética e abertura ao debate.

Nesse contexto em que se supõe a cognoscibilidade efetiva da essência das coisas (muito embora não se ignore as dificuldades inerentes à atualização desse conhecimento e a limitação a que está submetido), a verdade como correspondência, a interpretação jurídica se desenvolve como uma complexa atividade abrangente da diagnose do fato, da seleção e intelecção das normas, da conexão entre fatos e normas, com a qualificação (verificação da concorrência do pressuposto normativo) e a valoração, eleição e tomada de posição, culminando com a explicação do direito que subjaz no fato, na coisa, o que inclui a determinação do justo concreto. O intérprete do direito é, nessa acepção clássica, o “mediador que explica o direito”⁸³⁵, pautando-se, para tanto, na natureza das coisas (*rerum natura*) e, em sua ordem, na natureza de cada coisa (*natura rei*), realidade em que se dá a intelecção das leis⁸³⁶ e dos fatos. Comportando a norma e o fato mais de um sentido, *secundum legem* o intérprete selecionará o sentido que melhor conduza à consecução do justo, valendo-se, supletivamente, da equidade⁸³⁷, ou bem

⁸³³ *Ibidem*, pp. 729/730.

⁸³⁴ DIP, Ricardo. Segurança jurídica e crise pós-moderna *cit.*, p. 33.

⁸³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *Manuales de Metodología Jurídica. III. De la determinación del derecho*. Madrid: Fundación cultural de notariado, 2004, p. 37.

⁸³⁶ “Como se ve (...) la naturaleza de las cosas, la ‘*rerum natura*’, y, dentro del orden de ésta, la de cada cosa, o ‘*natura rei*’, debe ser la pauta principal de la interpretación, a la que debe acomodarse la intelección de las leyes.” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho en Santo Tomás de Aquino*, p. 569. Verbo, núm. 427-428 (2004), 561-571). Ainda, GOYTISOLO *apud* SOLER: “«debemos distinguir entre: a) «*naturaleza de las cosas*» —en un plural que no expresa la diversidad de cosas singulares, sino la universalidad de su conjunto ordenado con sus leyes naturales—, equivalente a la ‘*rerum natura*’; y, b) «*naturaleza de la cosa*» —‘*natura rei*’—, referida a cada cosa en particular, empleando la palabra cosa en sentido amplio, incluyendo la naturaleza de la persona humana, de las comunidades en que ésta vive, así como las demás universalidades, las estructuras circundantes, las instituciones, actividades, organizaciones, las relaciones» (*Metodología de las Leyes, o.c.*, pág. 476).” (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1102, nota 96).

⁸³⁷ “Quando se tratou das leis, foi dito, que os atos humanos que as leis devem regular, são particulares e contingentes, e podem variar ao infinito. Por isso, foi sempre impossível instituir uma regra legal que fosse absolutamente sem falhas e abrangesse todos os casos. Os legisladores, examinando atentamente o que sucede com mais frequência, procuram legislar levando isto em conta. Mas, em alguns casos, observar rigidamente a lei vai contra a igualdade da justiça, e contra o bem comum que a lei visa. (...) Em tais casos é mal seguir a lei estabelecida; e o bom então é, deixando de lado a letra da lei, obedecer às exigências da justiça e do bem comum. É a isto que se ordena a epiqueia, que nós chamamos de equidade. E assim se torna claro que a epiqueia é uma virtude”. “Fica pois claro que a epiqueia é parte subjetiva da justiça. E ela pode ser chamada de justiça por prioridade, antes mesmo da justiça legal, pois a justiça legal se dirige de acordo com a epiqueia. Desta forma ela se comporta como uma espécie de regra superior dos atos humanos.” (AQUINO, S. Tomás. *Suma Teológica, II-II*, Questão 120, a. 1 e 2). Ainda, VALLET DE GOYTISOLO: “*ARISTÓTELES diferenció ‘to dikaion phisikon’ y*

praeter legem (equidade integradora), ou bem, no caso do juiz, mas só muito excepcionalmente, da equidade *contra legem* (equidade retificadora).⁸³⁸

Sobre as relações entre inteligência e vontade em toda atividade prática humana, SILVEIRA ensina:

“Os atos da vontade (como movimento do apetite intelectual a um fim querido) se estendem a todo o domínio da *práxis*. Isto quer dizer que o homem é capaz de escolher os modos de sua ação, *in primis*, de acordo com aquilo que quer; A vontade não irrompe, em seu ato próprio de escolha, sem uma intervenção da inteligência que lhe dê sentido e orientação. Isto quer dizer que a *práxis* tem a sua coluna fundamental na inteligência. Em resumo: não existe verdadeira *práxis* sem *theorein*, razão pela qual a ação do homem é, essencialmente, especulativo-prática, e não meramente prática. Negar esta realidade é conceber o homem como um ser esquizofrênico que deseja o que não entende. E não entende justamente porque, neste caso, haveria uma inadequação fundamental entre a inteligência e as coisas. Pode ainda acontecer pior: chegar-se a concebê-lo como mero feixe de instintos cegos que se atualizam por pulsões nascidas de uma instância inconsciente, conforme pretendem certas correntes da psicanálise. (...) As filosofias moderna e contemporânea — que, por não terem base metafísica, há séculos orbitam no horizonte do imanentismo gnosiológico, em suas diferentes variáveis — infelizmente perderam estas distinções. (...) se, para a contemporaneidade, ser, conhecer e querer se tornaram realidades incomunicáveis, isto se deve ao fato de ter ela voltado às costas à metafísica dos graus intensivos de participação no Ser, de Santo Tomás de Aquino.”⁸³⁹

JIMÉNEZ PARÍS, com apoio em VALLET DE GOYTISOLO e VILLEY, recorda o papel que desempenham razão e vontade no âmbito do direito, tanto o público como o privado, o que indica, também para os contratos, uma autonomia que não é ilimitada, mas deve compatibilizar-se racionalmente com uma ordem superior que a condiciona e subordina:

“La doctrina verdaderamente clásica de la antigüedad grecorromana y de la Edad Media es una doctrina dualista por la cual el Derecho resulta ser a la vez producto de la razón y de la voluntad: pero la voluntad no tiene ahí sino un papel subsidiario y subordinado. (...) Si bien Vallet no niega la existencia de un papel de la voluntad

*‘to dikaion nomikon’, es decir lo justo natural y lo justo positivo, que pueden no identificarse; y de ahí la función de ‘epiéikeie’ -según él mismo explica --; pues, «lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de modo universal». Por esa razón, «la ley toma en consideración lo más corriente sin desconocer su yerro»; y así, «cuando la ley se expresa universalmente y, a propósito de esta cuestión, algo queda fuera de su formulación universal, entonces está bien que, donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, se corrija su omisión». Esta es «producida por su carácter absoluto», ya que «tratándose de lo indefinido, la regla [natural] es indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida». La rigidez de la ley positiva, la que declara ‘to dikaion nomikon’, debe corregirse con la adecuada plasticidad del ‘dikaion phisikon’, mediante la ‘épíeikeia’. Al comentar este texto del ESTAGIRITA, el AQUINATENSE explicó: «Lo equitativo es una clase de lo justo, pero no es lo justo legal, sino regulador de la justicia legal, pues, como se ha dicho, está contenido en lo justo natural de donde se origina lo justo legal». Es de ese modo, como el mismo SANTO TOMAS escribiría, porque: «Así como la ley escrita no da fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuirla o quitársela, pues la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza.» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *Derecho y verdad. Verbo*, núm. 347-348 (1996), 709-730, p. 710)*

⁸³⁸ V. DIP Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Editora Primvs, 2017, pp. 76/79, tópico em que se aborda a interpretação registral com apontadas distinções, em especial quanto ao uso da equidade, da interpretação propriamente judicial.

⁸³⁹ SILVEIRA, Sidney, *op. cit.*, pp. 667/668.

individual en la creación y determinación de los efectos de las relaciones jurídicas privadas, con Villey lo que quiere resaltar es que «el Derecho [...] lejos de tomar en consideración toda voluntad individual sólo pretende proteger las voluntades racionales, o aquellas que pueden presumirse conforme a un orden situado por encima de la arbitrariedad individual. Mayor aún es la diferencia entre la voluntad efectiva y la sancionada por el Derecho. No es nunca la voluntad pura de un individuo la que el Derecho hace obligatoria. Ello sería imposible: la voluntad empírica es inestable y desordenada. Radbruch ha dicho que tener la voluntad por ley sería la incoherencia absoluta, sería la ausencia de Derecho. El Derecho bajo el nombre de voluntad entiende una ficción de voluntad –prosigue Villey– una voluntad corregida, artificialmente transformada en constante, coherente, correspondiente a la razón tal como el Derecho se le representa.»⁸⁴⁰

Inserindo-se o direito no âmbito prático, quanto à participação de ambas as potências superiores da alma humana (intelecto e vontade) na atividade interpretativa, conforme já ressaltado em outro estudo⁸⁴¹, a interpretação jurídica – como atividade prática voltada à determinação do justo concreto – não é meramente prática, mas sempre especulativo-prática, assim tanto cognitiva (pois apreender, dizer ou definir algo [quanto à norma e quanto ao contexto fático contingente no qual se dá a ação] é próprio à razão, de modo que apreender, dizer e definir o bem devido a outro [e deliberar prudencialmente quanto aos meios a tanto adequados – eleger prudencialmente] depende do concurso da razão [em suas funções especulativa e prática]) quanto volitiva (pois a disposição de corretamente atribuir o justo está na vontade orientada pelo dever de atribuir o bem devido a outrem), uma atividade declarativa/determinativa e imperativa⁸⁴² do direito, cuja retidão depende de sua ordenação à razão⁸⁴³ e a seus princípios (ou hábitos/virtudes que “encarnam” esses princípios⁸⁴⁴), os quais, na ordem da razão dita prática, reduzem-se ao sinderético⁸⁴⁵ que – expõe S. TOMÁS – é, ao

⁸⁴⁰ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Sobre el derecho de obligaciones y contratos en Juan Vallet de Goytisolo*. Verbo, núm. 523-524 (2014), 187-220, pp. 218/219.

⁸⁴¹ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado. Veja-se, a respeito do julgamento: AQUINO, S. Tomás, *Suma Teológica*, II-II, questão. 60, art. 1.

⁸⁴² “*El imperio consiste en aplicar a la operación los consejos y juicios, y es el acto principal de la razón práctica. El imperar supone una moción ordenada, que es acto de la razón en cuanto al orden y de la voluntad en cuanto a la moción (el mismo vocablo “orden” tiene una acepción intelectualiva —el orden— y otra volitiva —la orden—). Por eso afirma Santo Tomás que “siendo la voluntad el principio que mueve a las demás facultades a la ejecución del acto..., la moción de la razón, cuando impera, procede de la voluntad. Resulta, pues, que imperar es acto de la razón, presupuesto un acto de la voluntad, en virtud del cual la razón mueve por imperio al ejercicio de un acto”.* (Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del derecho justo cit.*, 47).

⁸⁴³ “A razão prática ou operativa é uma reitora do agir (ética) ou do fazer (poiética), dos quais constitui uma norma. Até a realização do ato individual, entretanto, para o que concorre a vontade como causa eficiente do agir ou do fazer, há movimentos cognoscitivos da razão prática, graduados desde uma preponderância contemplativa (movimento especulativo-prático, tal o da filosofia moral, em que se apreendem os primeiros princípios da razão prática), passando por uma faixa intermédia (própria da ciência moral, seguinte à apreensão dos primeiros princípios), até chegar ao movimento prático-prático da razão, com o juízo e a imperação da prudência.” (Cfr. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica cit.*, p. 276).

⁸⁴⁴ “A retidão do juízo, disse SANTO TOMÁS, pode derivar do uso perfeito da razão ou de uma certa conaturalidade com o que se deve julgar; assim, julga-se retamente por meio dos princípios ou por meio dos hábitos, que encarnam, ao cabo, esses princípios.” (Cfr. DIP, Ricardo. “Da ética geral *cit.*, p. 15).

⁸⁴⁵ “... pode conceituar-se a sinderese hábito natural –e só em sentido parcial e potencial inato do intelecto– que dispõe, de modo estável, para o conhecimento dos primeiros princípios da razão prática; ou, noutros termos: hábito

cabo, uma extensão do primeiro princípio da razão especulativa, encontrando ambos seu fundamento no *ser*.

Abordagens teóricas ditas realistas (de fundo empirista) em matéria de interpretação buscam apontar descritivamente o que o intérprete – em especial o juiz - de fato faz (descrevendo fenomenologicamente a tomada de decisão e os valores que nela são prestigiados), mas isso não significa – suposto o fundamento objetivo de toda atividade prática e, logo, da interpretação - que não se deva apontar o que deve o intérprete fazer, é dizer, uma abordagem teórico-prescritiva em matéria de interpretação, aquilo que a interpretação conforme concebida pela tradição *iusnaturalista* clássica propõe, com a diferença de que sua proposta, em contraposição a outras abordagens prescritivas, faz-se – a fim de determinar o justo objetivamente devido - considerando o fundamento onto-metafísico e uma correta aceção de bem comum, ainda que resguardada a distinção entre as ordens da moral e do direito, as quais, embora não se confundindo, conformam-se.⁸⁴⁶

operativo, estrito, cognitivo e intelectual prático, que tem por objeto os primeiros princípios da razão prática (ou primeiros princípios da lei natural -cf. Van Acker, p. 264)”. (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural cit.*, p. 90). Ainda: “(...) tal como o *intellectus principiorum* apreende, de maneira imediata e evidente, o ser e seus princípios (de não contradição, de razão suficiente, de causalidade e de identidade), também o hábito da *sindérese* apreende, de modo imediato e evidente, o ser como *bonum* para a ação, tornando-o apetecível para a vontade; a *sindérese* capta, pois, o bem ou fim último e os primeiros princípios normativos do *appetitus naturalis*, que é o hábito pelo qual a vontade se inclina ao bem (cf. Derisi, p. 50 et sqq.). Todavia, isso não exaure a atividade da razão prática, que deve ainda descender a ações humanas que têm muito de contingente, exigindo um juízo desenvolvido à luz de circunstâncias concretas, o que reclama o concurso de um outro hábito cognoscitivo do bem humano: a virtude da prudência. Nada obstante se incline o homem ao bem como a seu fim, calha que o bem está para as coisas, do mesmo modo que o verdadeiro está para o conhecimento, e dá-se que os homens podem ser induzidos ao falso pela aparência de verdade, tanto quanto a vontade levada ao mal pela aparência de bondade (*S.th.*, II-II, 172, 6)”. (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural cit.*, pp. 101/102).

⁸⁴⁶ GOYTISOLO, recordando a lição dos princípios do Direito formulados por ULPIANO no Digesto (“*Honeste vivere, alterum non laedere, ius suum quique tribuendi*”), aponta ser ela “...*otra expresiva manifestación de que la ciencia del derecho es una ciencia moral. Pero en la aplicación de estos principios se comprueba, una vez más, que su particular punto de vista difiere del propio de la moral social no jurídica, aunque lo confundieran los teólogos-juristas castellanos del siglo XVI y los seguidores de la Escuela del derecho natural y de gentes. Los moralistas atienden a lo que se debe hacer y a lo que no se debe hacer, a lo que está prohibido, permitido, exigido o autorizado; mientras el punto de vista genuinamente jurídico es el de la determinación de lo que es justo y lo que es injusto, ‘iusti atque iniusti scientia’, de lo que es equitativo y lo que es inicuo, ‘ars boni et aequi’. La justicia, sea ‘conmutativa’ o ‘distributiva’ o bien ‘general’ o ‘legal’, hace de pauta con sus respectivos criterios de la ‘igualdad aritmética’, de la ‘igualdad geométrica’ o ‘proporcionalidad’ y del ‘bien común’. Esta última pauta alcanza incluso el ‘honeste vivere’ que tenga relevancia jurídica, como muestra el empleo de los criterios valorativos de la ‘moral social’, la ‘buena conducta’, la ‘buena fe’ y la ‘mala fe’, la diligencia de un ‘buen padre de familia’, de un ‘buen comerciante’, la conducta ‘culpable’, ‘dolosa’ o ‘negligente’, etc.*” (V. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía cit.*, pp. 549/550). Ainda, para o aprofundamento da distinção entre “justiça moral” e “justiça jurídica”, confira-se, do mesmo autor: *Justicia moral e justicia jurídica*. Verbo, núm. 443-444 (2006), 161-193. Cito, na dependência de que o bem comum requeira ou não que se atribua ao moralmente justo eficácia jurídica: “...*considera el orden jurídico como una parte subordinada del orden moral, pero inconfundible con él, en tanto en cuanto el bien común, que es la razón y el fin específico del derecho, no puede imponer ni exigir judicialmente la plena realización de cualquier parte del orden moral, si, como consecuencia de ello, se puede ocasionar un mal mayor*

E isso é assim, não apenas por razões metodológicas que devem guiar o processo de interpretação, mas porque – e ainda que contra isso se batam correntes da filosofia (como as que encampam, na esteira do que se denominou “Lei de HUME” e do “argumento da questão em aberto” de MOORE⁸⁴⁷, ceticismo quanto à objetividade normativa/valorativa, ou como as que buscam a reaproximação entre direito e moral por meros construtos) – a valoração de toda normatividade encontra seu genuíno fundamento objetivo na própria ordem do *ser*⁸⁴⁸ (recorde-se, aqui, os chamados transcendentais do *ser*, o que é comum a todo ente simplesmente por participar do *ser*: ente, coisa, uno, algo, verdadeiro, bom e belo, todos convertíveis entre si).

o impedir un mayor bien en la vida práctica”. Ainda, sobre o tema, de VALLET DE GOYTISOLO: *La justicia jurídica y sus clases*. Verbo, núm. 445-446 (2006), 431-445.

⁸⁴⁷ Essa questão foi abordada em “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel), ainda não publicado. Confira-se, ainda: WERNER, Augusto Trujillo. *La ley de Hume. La cuestión abierta de Moore y el intelecto humano de Aquino*. *Claridades. Revista de Filosofía* 10 (2018), pp. 73-92.. Diz WERNER, no Resumo, referindo-se à Lei de Hume e ao argumento da questão em aberto de Moore: “Estas paradojas éticas parecen tener sus raíces en un scepticismo epistemológico y en una antropología deficiente. La posible respuesta a ellas se puede encontrar en que: a) Tomás de Aquino defiende la esencial racionalidad y unidad del ser humano; b) La ley natural tomista es una consecuencia natural del ser racional; c) La razón humana es esencialmente teórica y práctica al mismotiempo. El intelecto humano de Aquino naturalmente realiza tres operaciones principales: 1º) Aprehender las nociones inteligidas y universales ens, verum y bonum. 2º) Formular los primeros principios teóricos y prácticos. 3º) Ordenar que se haga el bien inteligido y universal y se evite lo contrario. Por estas razones, la respuesta filosófica de Aquino a ambas dificultades no es exclusivamente ética, sino que abarca armónicamente la ontología, antropología y epistemología.”. Para mais, v. GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Principios básicos de la interpretación en el derecho civil catalán. Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, ISSN 1137-117X, Nº. 1, 1995, págs. 111-122, p. 118. Cito (p. 121): “... se arguye la que se denomina la falacia naturalista, basada en una reflexión de Hume, quien adujo que de un ‘es’ o ‘no es’ no es posible deducir un ‘debe’ o un ‘no debe’. Esto sólo es cierto se la cosa, hecho o relación, es examinado únicamente por el método de las ciencias naturales, es decir, solo físicamente. Pero no es así se la cosa el observada estimativamente, atendiendo a sus valores, que determinan su calificación como buena o mala, útil o nociva, deseable deseable. Esto, consecuentemente, conlleva la indicación práctica de un ‘se debe’ o ‘no se debe’. Con ello simultáneamente se efectúan dos juicios entreligados acerca del hecho. Uno valorativo-cognoscitivo y otro valorativo-deontológico. Así, en la razón práctica no da paso lógico alguno ni ilógico del ‘ser’ al ‘deber ser’. Sino que se enuncian conjuntamente ambos predicados al juzgar, no una bondad instrumental, sino una bondad ético-jurídica. Se identifica ‘esto es bueno’ con ‘esto es debido’, pues se determina lo que es bueno en relación a la acción correspondiente.”

⁸⁴⁸ V. “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado. “Sustenta-se, assim, o entranhamento da ordem do dever (prescritiva/normativa) na ordem do ser, e de – a partir do sumo do real, na experiência concreta e à luz do *intelectus principiorum*, que dispõe à apreensão da verdade do ente e que se espelha, na ordem prática, no hábito da sindérese, o qual, por sua vez, dispõe para apreensão intelectual desta mesma verdade do ente enquanto bem que a vontade apetece – extrair objetivamente o dever que hierarquiza os bens e já está compreendido no ser (em que pese a eventual inversão da hierarquia entre eles existente segundo a ordem dos fins a que correspondem na ordem de todas as coisas, sempre possível [quanto aos bens particulares] porque insita ao livre exercício da vontade, pelo agente moral, e exercitada no ato de escolha dos bens postos à sua presença), pelo que se poderá predicar valor objetivo de verdade/bondade a uma sentença prescritiva/normativa segundo oriente ou não o movimento do ente à atualização da potência ao ato - em consideração à perfeição decorrente de participar em um maior grau de intensidade no Ser - pela adesão ao fim manifestado por sua forma substancial, é dizer, por sua natureza/essência. Disso se conclui que, para a tradição tomista, inferir-se o dever desde o ser não implicaria intuicionismo nem espécie alguma de falácia, seja de ordem lógica ou naturalista, havendo antes uma falácia da falácia naturalista.”

DIP recorda que “[o] bem do homem é a conformidade com sua forma, a conveniência com sua natureza racional, e mal ou vício é tudo aquilo que contraria essa natureza. De maneira que o primeiro princípio da sindérese é o de que devemos agir de conformidade com a razão”⁸⁴⁹.

Razão especulativa e prática são, assim, ambas expressões de uma mesma razão que, diferindo apenas quanto à função, encontram no *ser* seu fundamento objetivo e, conjugadas à reta vontade, permitem que se promova, em geral, o bem comum, e, em particular, ao ser humano a consecução de seu fim, que não é outra coisa senão o seu bem⁸⁵⁰ e sua perfeição⁸⁵¹. Nesse contexto – como em qualquer atividade prática - também na atividade *iusinterpretativa* (que, considerando toda a ordem, assim a jurídica, e a contingência dos fatos, visa a determinar o justo concreto nas relações jurídicas, é dizer, a *res iusta*, o “direito” em sua acepção primária) há de ser observada a necessária deferência à lei natural (que é “percepção inteligente do ser”, diz SILVEIRA) como “proposição primeira da razão prática revestida do hábito natural da sindérese, virtude pela qual o homem conhece os preceitos da lei natural de forma habitual”.⁸⁵²

Já assentada a inexorável relação - pautada pelo bem comum - de conformação entre direito e moral⁸⁵³, e impondo-se à atividade interpretativa a necessária deferência ao fim da comunidade política (que é o bem comum) e ao bem real do ser humano, cabe agora trazer à lume a questão da determinação dos princípios ético-jurídicos a partir dos princípios filosóficos e de sua concreção em princípios gerais do direito.⁸⁵⁴

Bem aponta DIP, com ARISTÓTELES e S. TOMÁS, ser o *princípio*

“...o ponto de partida do que uma coisa é, se faz ou se conhece - princípio do ser (entitativo), do conhecer (gnosiológico) e da prática (moral ou poética: do agir e do fazer). Revela a circunstância de que já em Aristóteles se anunciava a concepção de princípios concertados à ordem moral, o que abarca o direito (...). Desse modo, princípio é aquilo de que procede o ente, a ação, a obra ou o conhecimento, ‘aquilo de que alguma coisa de qualquer modo depende’, ‘tudo aquilo de que algo de qualquer modo depende’, ‘aquilo de que algo, de qualquer maneira, procede ou resulta’, ‘aquilo do qual uma coisa procede, seja de que modo for’.”⁸⁵⁵

⁸⁴⁹ V. DIP, Ricardo. Prudência judicial e consciência. Conferência. Universidade Católica da Colômbia. Congresso Internacional “*Estado, Ley e Conciencia*”, 2010, p. 6.

⁸⁵⁰ Recorde-se, com S. Tomás, que o bem e o ente são idênticos na realidade e só diferem quanto à razão porque a razão do bem consiste em que alguma coisa seja atrativa.

⁸⁵¹ V. HERVADA, J. Lições propedêuticas de filosofia do direito. Tradução: Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica: Gilberto Callado de Oliveira. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 46/47.

⁸⁵² Cfr. AQUINO, São Tomás. Suma Teológica, I-II, 94, 1, 2 e 3.

⁸⁵³ Reporto-me, a esse respeito, ao subcapítulo II.1.

⁸⁵⁴ Cumpre destacar dois dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; e “Art. 5^o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁸⁵⁵ DIP, Ricardo. Segurança Jurídica *cit.*, p. 64.

Uma amplitude conceitual cuja “largueza *realista* de acepções” - assim também recorda DIP – “suplanta em muito a limitação que, em nossos tempos, provém da polaridade normativista entre princípios e regras”.⁸⁵⁶

Conforme expõe VALLET DE GOYTISOLO, os princípios ético-jurídicos estão impostos pela lei natural⁸⁵⁷, com relação à qual toda a normatividade deve deferência. É indubitável o papel da filosofia moral para a determinação dos primeiros princípios ético-naturais, dos quais derivam os deveres de moral social e - a partir de um determinado trânsito (com diferenciação dos campos moral e jurídico, mantida porém a relação de conformação) e visando a justas relações entre os seres humanos (tanto as gerais, objeto de normas/leis genéricas, quanto as de cada caso singular, concretas, objeto da determinação do direito) – os princípios gerais do direito. Neste caminho trilhado para dar concreção aos princípios gerais do direito, a *divinarum et humanarum rerum notitiae* é filtrada, pelo jurisprudente, para o campo jurídico, para elaborar a *iusti atque iniusti scientia* que está de par com o *ars boni et aequi*.

No processo, destaca o jurista espanhol, a metodologia envolvida é teórico-prática, operativa: parte-se dos princípios ético-jurídicos dados pelo direito natural ou pela filosofia moral, considerando-os em função valorativa. Configuram-se, então, segundos princípios, já jurídicos, por meio de um “processo de compreender” que envolve, de um lado, o conteúdo dos princípios éticos, e, de outro, o conhecimento da natureza das coisas⁸⁵⁸. Em tal “processo de compreender” deve-se, pela via intelectual, percorrer muitas vezes a dupla direção⁸⁵⁹, das coisas à mente e desta àquelas, de modo que, na perspectiva jurídica, o que é observado vem enriquecido pelas experiências práticas e, alimentada a mente pela natureza das coisas e

⁸⁵⁶ DIP Ricardo. Registro de Imóveis. Princípios. Editora Primvs, 2017, pp. 14/15.

⁸⁵⁷ GOYTISOLO, quanto ao tema dos princípios ético-jurídicos, diferencia-os e analisa-os na perspectiva da lei natural, na perspectiva da doutrina alemã culminada na “Wertungsjurisprudensi”, na perspectiva dos princípios morais de justiça, no “modelo construtivista” angloamericano de Rawls y Dworkin, e também na perspectiva dos direitos humanos. (V. VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica*. Fundación Speiro. Revista Verbo Reuniones. 1997. Número 351-352: Serie XXXVI).

⁸⁵⁸ “Recordemos que Villey atribuye a la naturaleza de las cosas su sentido clásico, que incluye en ellas las causas formales y las finales, las universalidades, los valores, las cualidades. Por eso mismo, para juzgar de ellas, nos es preciso el sentido, la capacidad de apreciar sus formas, tamaño, valores -sonido, gusto, tacto, olfato, sus cualidades de belleza, bondad, justicia, etc.-. Y esto -aunque pase por alto, este maestro, en orden a las reglas más generales- nos suministra la ley natural.” (VALLET DE GOYTISOLO, J. *Definición e interpretación del derecho según Michel Villey*. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, ISSN 0211-4526, N.º. 25, 1991, págs. 211-238)

⁸⁵⁹ “En ese ir y venir, y con una constante intercomunicación, se produce el choque del ‘fulgor obiecti’ y la ‘lumen mentis’, y así lo observado viene enriquecido por las experiencias resultantes de la praxis. De ese modo, en la perspectiva jurídica, se van entramando los primeros principios ético-naturales, que obtiene la mente alimentada en la naturaleza de las cosas que, a su vez, es iluminada con la luz de ella”. (V. VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica cit.*, p. 50)

iluminadas estas pela luz do intelecto, vão-se entrelaçando os primeiros princípios ético-naturais a que se chega ao dar-se conteúdo material e concreção, em diferentes âmbitos, ao primeiro princípio da razão prática (agir/fazer/perseguir o bem, evitar o mal⁸⁶⁰), que é – isto se disse parágrafos acima - uma extensão do primeiro princípio da razão especulativa, encontrando ambos seu fundamento no *ser*.

Os primeiros princípios materiais constituem a ordem primeira dos preceitos da lei natural e são paralelos à ordem das inclinações naturais do ser humano porquanto dimanam de sua inclinação à sua própria conservação, à comunicação sexual e à educação da prole, e à sua natureza racional, a qual se inclina ao conhecimento da verdade e a vida em sociedade.⁸⁶¹ Derivados do princípio sinderético (a lei natural evidente à razão – fazer/agir o bem e evitar o mal, primeiro princípio formal da ordem prática) e na contingência das ações humanas, o grau de evidência dos princípios ético-naturais decresce à medida em que se desce ao particular, de modo que, quanto mais se vai ao concreto, mais exceções aos primeiros princípios gerais derivados – a cujo conteúdo material chegou-se com o concurso da sã filosofia⁸⁶² – serão

⁸⁶⁰ “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado: “No que concerne ao princípio primeiríssimo da razão prática, tal como ocorre com o princípio da não contradição, também se encontra entranhado no próprio ser, o qual, com vistas à ação, é aprendido como *bonum* (como se viu, é o bom um transcendental do ser), apotecando a vontade. Dado seu caráter de evidência à razão, o princípio sinderético - que prescreve que o bem se deve agir/fazer/perseguir -, não se apreende por inferência, mas de modo imediato, direto e infalível. E é a partir do primeiro princípio sinderético que se infere – e isto com graus de falibilidade cognoscitiva variáveis - preceitos secundários ou terciários da lei natural. Para DIP, aos secundários se chega por “ilação ou inferência imediata” do primeiro princípio, é dizer, sem recurso a um julgamento intermediário, como simples consequência [uma inferência imediata *sub modum subalternationis* ou *sub modum praeceptum*, segundo se tome o *bonus faciendum* em sua função de fundamento ou de preceito] e aos terciários por meio dedutivo e com mediação de uma ou mais proposições da lei natural. [Cfr. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural*, 1ªed. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020, pp. 102/110]. SCHONFELD, a seu turno, aduz que, partindo-se da evidência do primeiro princípio que atua como premissa maior de um silogismo prático, por concatenações lógicas derivam normas mais concretas sempre mediadas por premissas teórico-estimativas que atuam como premissa menor do raciocínio prático, cujo grau de evidência decresce à razão do acréscimo de juízos estimativos e preceptivos que mediam a derivação. [Cfr. Schonfeld, Leonardo Augusto, *Ley Natural. La lógica y la antropología como su fundamento*. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 178-190]. Pode-se citar, ainda, como primeiros princípios morais de caráter formal: “‘*Omnes sicut te ipsum*’, ‘*a todos como a tí mismo*’ (...) *Su raíz se halla en la síntesis efectuada por Jesucristo de la segunda tabla del Decálogo: “Amarás a tu prójimo como a tí mismo”; e “Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*’, enunciado por ULPIANO y recogido en el *Digesto* y las *Instituciones de JUSTINIANO*”. (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *¿Los denominados «derechos fundamentales», son derechos o son principios jurídicos? cit.*, pp. 56/57).

⁸⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. *¿Los denominados «derechos fundamentales», son derechos o son principios jurídicos? cit.*, p. 57. Cito: “*Así, la ‘divinarum atque humanarum rerum notitiae’- de que habla el ‘Digesto’, 1, 1, 1, 10 - llena de contenido concreto a esos primeros principios que, en la terminología moderna, son denominados derechos a la vida, a la comunicación sexual, a la procreación, a la educación de la prole, al trabajo, a la información, etc. -conforme los expresan las formulaciones idealistas de las declaraciones de derechos humano.*”

⁸⁶² “*Según el mismo Aquinatense explica, estos primeros principios materiales constituyen el orden primero de los preceptos de la ley natural, que son «paralelos al orden de las inclinaciones naturales» del hombre. Unos dimanar de la inclinación a su propia conservación, común a todos los seres vivos; otros son comunes a todos los animales, como las inclinaciones a la comunicación sexual, a la educación de la prole, etc.; y, en fin, tenemos los*

encontradas, de modo que a competência para a extração de conclusões e para as aplicações, no âmbito das relações humanas e jurídicas, passa, natural e gradativamente, dos filósofos aos juristas.

Tem-se, segundo ensina VALLET DE GOYTISOLO, que o conteúdo substantivo mais concreto das verdades naturais é fornecido pelas respectivas ciências e, no que diz respeito ao homem, especificamente pelas ciências humanas, especialmente as chamadas ciências sociais, iluminadas filosófica e teologicamente. Sequencialmente - a partir destes princípios ético-naturais -, no que concerne ao desvelo dos princípios gerais do direito, já no âmbito de uma tarefa propriamente jurídica, ainda que auxiliada pela sã filosofia, é mister, em conjugação com a natureza das coisas, confrontar e ponderar esses primeiros princípios ético-naturais ou morais materiais para determinar os princípios derivados que darão concreção aos princípios gerais propriamente jurídicos, que são o do bem comum (pauta da justiça geral ou legal), o da igualdade geométrica ou proporcional (pauta da justiça distributiva) e o da igualdade aritmética (pauta da justiça comutativa), até chegar-se aqueles que se desprendem da natureza da instituição jurídica de que se esteja a tratar.⁸⁶³

É a pauta do bem comum que marca o traslado, para o âmbito jurídico, de princípios ético-naturais de caráter moral, resultando os princípios gerais do direito que⁸⁶⁴ – tanto mais quanto são enxertados de conteúdo material - devem ser adaptados ao direito conforme a natureza de cada coisa (fato ou relação) em sua realidade objetiva e segundo as circunstâncias contingentes (espaciais, temporais, históricas, sociais, econômicas etc.), do que resultam os princípios históricos de um povo e os referentes a um ramo jurídico ou a uma instituição específica.

*correspondientes a la naturaleza racional, específica del hombre, como son: la tendencia natural a conocer las verdades divinas y los saberes intelectuales y a vivir en sociedad, de los cuales derivan, por ejemplo, 'lo que se refiere a desterrar la ignorancia o evitar las ofensas a aquellos entre los cuales uno tiene que vivir y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación'. Así la 'divinarum atque humanarum rerum notitiae', se llena del contenido concreto de esos primeros principios que, en la terminología moderna, son denominados derechos a la vida, a la comunicación sexual, a la procreación a la educación de la prole, al trabajo, a la información etc.'". (VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica cit.*, pp. 54/55)*

⁸⁶³ "... para percatarse del sentido de cada principio general, es preciso analizar su composición genética dimanante ya sea de un principio ético-jurídico (como el de buena fé) -o bien derivado de una pauta de justicia (bien común, igualdad geométrica o igualdad aritmética, según se trate de justicia distributiva, de justicia conmutativa o de justicia general, de la cual, como corolarios del bien común, derivan los del interés familiar, la estabilidad de la propiedad, la seguridad jurídica, etc., etc.)" (*Ibidem*, p. 66).

⁸⁶⁴ Assim, por exemplo, do princípio geral da boa-fé nas relações jurídicas derivam outros mais concretos, como a vedação do "venire contra factum proprium" ou do "abuso de direito" (mais propriamente, "abuso do exercício de uma faculdade jurídica").

Assim resume VALLET DE GOYTISOLO:

“...partiendo de la razón sapiencial se desciende a su conjugación con las razones científico-jurídicas teóricas; y, de todas ellas, se pasa a las razones operativas. Pero, esos pasos no deben efectuarse, ni es posible hacerlo, de modo lógico formal, sino mediante sucesivas concreciones, cada vez más singularizadas e individualizadoras”⁸⁶⁵.

Colocados os princípios gerais do direito em um quadro geral, os primeiros princípios ético-jurídicos atuam em um nível superior, dirigindo, ademais, as outras classes de princípios de direito relativos a outros ramos ou institutos jurídicos. Nessa perspectiva se coloca a distinção feita por GOYTISOLO entre princípios gerais *do* direito, predominantemente filosófico-jurídicos, e os princípios gerais *de* direito, científicos-práticos. Uma outra distinção importante faz o autor: aquela entre princípios de direito natural (ético-jurídicos), princípios tradicionais (elaborados no decurso da história de cada povo) e princípios políticos (interdependentes do regime de governo de um povo em uma dada época).

VALLET DE GOYTISOLO - apoiado em FEDERICO DE CASTRO, BETTI e LARENZ - faz uma observação fundamental: os princípios gerais do direito não são propriamente normas jurídicas, mas constituem

“la base en que descansa la organización jurídica, tanto en lo permanente como en lo mudable”; que tienen por función la de informar ‘todas las normas formuladas’, determinando ‘el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social, y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas’, (...) ‘no son normas sino principios de normas que pertenecen al fondo común del derecho y del ethos’, son directrices que ‘determinan las valoraciones normativas que están en la base de la normogénesis de las instituciones y de las particulares normas jurídicas y son de tal modo que no se agotan en ellas, sino que abrazan otras exigencias de justicia afirmables de iure condendo’; (...) no son propiamente reglas, ni siquiera concebidas de forma muy general, sino ‘ideas jurídicas generales’ y ‘pautas directivas de normalización jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar soluciones jurídicas’. Para llegar a estas soluciones se requieren unas ‘concreciones’, que pueden producirse en diversos grados; y, para efectuarlas, los principios actúan como si fuesen hilos conductores en la especificación de supuestos de hecho más concretos y para la determinación de sus consecuencias”⁸⁶⁶.

No que concerne particularmente ao papel dos princípios gerais *do* e *de* direito na metodologia interpretativa do direito, conforme GOYTISOLO, impõe-se como necessária a observância conjugada, em cada caso - e sem prejuízo da consideração do trânsito entre norma e fato - dos princípios superiores do direito e daqueles específicos de cada ramo ou instituto. Na atividade interpretativa de determinação do direito, os princípios jurídicos de caráter geral e os que deles derivam - em sua variedade por ramos do direito ou tradições dos povos - devem

⁸⁶⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales cit.*, p. 57.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, pp. 57/58.

ser considerados com a mediação das normas (legais, convencionais e jurisprudenciais), ajudando a que sejam elas dotadas de sentido (aclarando a aplicação das normas aos casos ou, eventualmente, para fins de assegurar o justo concreto, retificando-as por razões de equidade ou excluindo-as quando da aplicação), o que se deve fazer em observância à imutabilidade dos primeiros princípios ético-naturais e a despeito de que, em cada caso, a lei natural possa modificar-se em sua aplicação segundo o ajuste e adequação necessários às peculiaridades do contingente (como em função do tempo e do lugar),⁸⁶⁷ de modo que princípios de grau inferior, sem limitar os de grau superior, podem delimitar o âmbito de sua aplicação. Sendo possível a concorrência de vários princípios, podem por vezes neutralizar-se, embora seja mais frequente que apenas se complementem ou se delimitem e se delineiem em sua respectiva influência concreta em cada caso de que se trate, tudo no intuito de orientar a atividade interpretativa para o fim de prover a coisa justa devida.

Ainda na linha do que expõe GOYTISOLO, impõe-se destacar alguns pontos, com algum acréscimo pessoal. O conteúdo material conferido aos princípios não pode ser (tal como ocorre com teorias em voga que, buscando por vias pouco auspiciosas aproximar direito e moral⁸⁶⁸, desprezam o dado onto-metafísico ou antepõe a gnoseologia à metafísica) intuído nem puramente construído.⁸⁶⁹ Tal conteúdo não deve ser - sem observância de seu fundamento onto-metafísico, sem o recurso à natureza das coisas e sem a necessária conveniência ao bem/fim comum e ao bem/fim do ser humano - meramente extraído argumentativamente da prática jurídico-política da comunidade, ou elaborado mediante puros construtos discursivos/argumentativos, ou ainda extraído de análises conceituais de cunho nominalista.

⁸⁶⁷ AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica. I-II, q. 94, a. 5, *respondeo*.

⁸⁶⁸ “É dizer que não se trata agora, propriamente, de uma negativa de toda a moral, mas do surgimento de um **novo moralismo** que, abdicado da razão, emerge como ética voluntarista, uma ética arbitrária, instável e, quando menos, autoritária. (DIP, Ricardo. Segurança jurídica *cit.*, p. 136).

⁸⁶⁹ Especificamente quanto aos modelos de contrutivismo ético-jurídico de DWORKIN e RAWLS, a crítica de GOYTISOLO põe-se nos seguintes termos: “*Ambos sostienen unos principios morales que no sólo son justificativos y básicos del contrato social, sino que continúan fundamentando todo lo que se construya al desarrollarlo y ponerlo al día. No construyen ni a Leviathan ni a Demos ni tampoco un sistema formal de producción de normas o pirámide jurídica, sino un sistema para comprobar los principios inherentes a una constitución que, por ende, sirven para interpretarla, así como a todas las leyes dimanantes y para orientar sus sentencias a los jueces. Pero su modelo constructivo es como una bisagra entre unos principios intuídos y las realizaciones jurídicas comprobadas por mediación de su método del equilibrio y del avance y retroceso entre las adaptaciones y la convicción de nuestras intuiciones, hasta lograr la mejor adecuación posible. No se elabora éste deductivamente desde los principios, como hacía la Escuela del derecho natural y de gentes, ni dialécticamente entre normas, valores y naturaleza de las cosas, ni existencialmente, ni tampoco en un ir y venir desde los primeros principios de la naturaleza del hombre a las cosas y de la naturaleza de éstas (la rerum natura) a los principios, en constante interacción. Sino que, como en la física, se construye un modelo, una hipótesis de contrato social que sirve a modo de andamio para construir desde él, las estructuras jurídicas y concretar sus principios y leyes y adjudicar los derechos.*” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.. Manuales de Metodología Jurídica. Metodología de las leyes. Editoriales de derecho reunidas, S.A. Madrid, pp. 443/444).

Ademais, é preciso considerar que o primeiro princípio na ordem prática (sinderético) apreende-se por evidência à razão; os demais - já com conteúdo material -, ético-naturais, ético-jurídicos e os princípios gerais de cada ramo e instituto jurídico, apreendem-se na dupla via antes mencionada entre intelecto e natureza das coisas, em constante interação; não se trata, no contexto da atividade interpretativa, de aplicá-los segundo um método dedutivo mecânico-silogístico e em direção única, mas de dar-lhes concreção e aclará-los em suas aplicações segundo um duplo movimento de ponderação, do princípio em geral considerado às situações concretas e destas ao princípio⁸⁷⁰, com o que o “processo de compreender” é agora realizado em sentido estrito.

Em um contexto de uma normatização marcadamente principiológica (e a excessiva utilização de cláusulas abertas é tema que mereceria oportuna ponderação teórica), mais do que nunca há de se ter em conta que a interpretação deve guardar sempre o referencial objetivo dado por uma razão prática que – longe de reputar-se inexistente ou fruto de algum construto derivado de fatores linguísticos, sociológicos, políticos ou econômicos – observa o dado ontológico e manifesta-se deferente aos primeiros princípios e a seus desdobramentos.

Dirá CASTELLANO com o suporte de VALLET DE GOYTISOLO:

“La hermenéutica debe conducir, como ha indicado y demostrado un gran jurista contemporáneo (Juan Bms. Vallet de Goytisoló), a la determinación del derecho en sí mismo, aunque éste pueda (y a veces deba) encontrar aplicaciones parcialmente diversas. En otras palabras, para alcanzar una hermenéutica jurídica que no entre en conflicto con lo político o que no se convierta en subrogado de la política ideológica (que no es política), es preciso ascender a aquellos supremos principios de la filosofía que, como observó Cicerón, son la fuente de las leyes y del derecho y que permiten hacer una obra verdaderamente jurídica a través de la hermenéutica no subjetivista (puede ser tal, finalmente, incluso la de una Corte), no efímera y no contradictoria. En estos últimos casos el mismo derecho sufriría una iniuria como ampliamente demuestra la historia.”⁸⁷¹

Uma concepção que - onto-metafisicamente fundada - em nada é atingida pela crítica de IRTI, para quem, dando por rejeitada a metafísica, o direito está reduzido à humana vontade, um direito que remanesce um campo de batalha de paixões humanas, a ensejar voluntarismos que se exprimem tanto por normas providas de *fattispecie* destinadas ao juízo subsuntivo quanto pelo intuicionismo de valores que se quer realizar ou por pré-compreensões hermenêuticas.

⁸⁷⁰ “De este modo, así como la concreción de los principios se efectúa por grados descendentes, así también deben efectuarse por grados -pero ascendentes en ese caso- los análisis que resultan precisos para determinar el sentido concreto de cada principio en todos los casos que se contemplan interpretativamente.” (VALLET DE GOYTISOLO, J. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho cit.*, p. 66)

⁸⁷¹ CASTELLANO, Danilo. *La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la constitución escrita: ¿Hermenéutica o ejercicio de un poder político?* Verbo, núm. 503-504 (2012), 287-306, p. 305/306.

Para IRTI, se o direito é puro querer, a escolha a ser feita é, então, entre um querer criativo de calculável objetividade e um querer imerso no imediato subjetivismo.⁸⁷² Reduzindo-se o direito, para o autor, a um mero querer, a escolha que se deve dar é entre ou bem o voluntarismo de legisladores, ou bem o de intérpretes que, agindo sob a escusa de realizar princípios e julgar o caso na sua realidade concreta, movem-se subjetivamente por uma gama de interesses e paixões e fazem de sua vontade a lei, indo além do texto legal para atingir, também, o mérito dos contratos, a tudo filtrando a partir de seus próprios valores. IRTI revela, assim, uma posição que, pretendendo-se realista ao apontar os efeitos de um direito reduzido à vontade, apenas desloca a posição do problema: a migração do positivismo da vontade do legislador para o positivismo da vontade do intérprete.⁸⁷³ A crítica de IRTI, ao recair sobre um dos pontos em que se manifesta o voluntarismo, não pode dar solução satisfatória ao real problema subjacente: um problema cujas raízes são filosóficas e que diz com o fundamento objetivo do conhecimento prático e de toda normatividade; um problema que, mal compreendido, só pode potencializar o voluntarismo e o subjetivismo até o niilismo jurídico que faz vítima o próprio autor.

No âmbito próprio à ordem jurídica, o ente humano – como afirma DIP⁸⁷⁴ –, credor ou devedor e por determinação de um título⁸⁷⁵ (lei, contrato, um fato jurídico ou mesmo a natureza

⁸⁷² IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, pp. 12/13. Acresce o autor: “*Il problema è sempre di calare i fatti concreti in una misura, o – che è il medesimo – di misurarli in base a un criterio, che, nel rigore dello Stato di diritto, è la fattispecie normativa, una descrizione volta a prevedere e includere gli eventi futuri; e, negli odierni costumi o mode giudiziali, è il ‘valore’, una volontà assoluta, non bisognevole di mediazioni legislative e sillogistiche. Il valore non tanto misura, quanto commisura a sé la vicenda concreta, di fronte a cui prende posizione*”. (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, p. 15)

⁸⁷³ “... le ‘essenze’, intuite o captate dall’interprete (e, dunque, anche dal soggetto chiamato a decidere la causa), si stringono tutt’intorno alla ‘vita giuridica’, e – prive, come sono, di fattispecie – si slegano da vincoli ricognitivi e sillogistici. L’‘applicazione’ dei valori non è autentica applicazione, al modo in cui se ne discorre per la legge, ma immediata e dispotica realizzazione. Sprovisto di fattispecie, il giudicante si trova, in una nudità coperta di ‘valori’, dinanzi alla ‘vita’, cioè al groviglio di interessi e bisogni e passioni, che segnano da sempre la storia degli uomini. La sua decisione è risposta del valore alla ‘situazione di vita’. Il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita. L’asse si sposta, per così dire, dalla legge al giudizio (...). Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda decisione, che ha fondamento in se stessa. O lo trova in qualche ‘principio’ o ‘esigenza’ o ‘valore’, che altri, in diverso processo e luogo, potrà riempire della propria volontà. ‘Chi oggi si affida a simili contenuti iperpositivi firma una cambiale per il futuro della quale non si sa chi la presenterà, se il caso vorrà che essa debba essere presentata’” (IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile cit.*, p. 10.)

⁸⁷⁴ V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica...*, pp. 8/9. A lei – na lição de DIP – é um título jurídico que “cria direitos e define-lhes o conteúdo, atribuindo-os a certas pessoas”, sujeitos destes direitos, mas é um título que com o direito não se confunde, pois a lei está para o direito apenas como causa, medida e razão.

⁸⁷⁵ “Sendo o direito natural ou justo natural, em palavras de Félix Lamas, ‘a conduta que se molda num liame de igualdade relativa a um título oposto de conteúdo equivalente’, é, pois, a mesma coisa justa (*ipsa res iusta*), concreta, e não abstrata; particular, e não genérica; real, e não meramente idealizada. Ou seja, é uma coisa –res–, algo visível, palpável, singular, tal o referiu Marcel de Corte, uma realidade (um *chosisme* –o coisismo) nas relações sociais, não uma idealidade. Uma realidade de conduta que deve observar-se por ser equivalente a um título que a pode exigir. Desse modo, saber qual a conduta jurídica devida em concreto reclama apreciarem-se os títulos pelos quais (i) alguém se obriga a essa conduta e (ii) outro tem o poder de exigir que ela se realize. Esses

humana) - pode exigir o que lhe é devido ou deve dar aquilo que lhe cabe dar, ou, pela autoridade ou função⁸⁷⁶ e exercício de uma virtude jurídica, determinará ou disporá a cada um o que é seu – desvelando a coisa justa na concretude dos casos. E isso se deve fazer sem ignorar a ambiguidade que a linguagem muitas vezes apresenta, mas – e ainda quando princípios sejam invocados - considerando o fundamento objetivo de toda atividade prática, pautando-se pela natureza das coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*), na tensão entre texto normativo e fato (desde um conceito de experiência que não se reduz ao dado empírico), tudo em vista do fim da atividade interpretativa e decisória: objetivamente discernir, determinar e prover a *res iusta*.

Nesta senda, sustentará AMADEI:

“O que se propõe, então, não é uma práxis teleologista, consequencialista ou proporcionalista, mas o esforço de revigorar um direito e uma interpretação realista, que não tolera desprezo ao fato histórico, mas, ao contrário, parte dele (de sua realidade sensível, circunstancial, específica e individualizada) como primeiro norte para identificar a natureza da coisa justa, e, então, considerando a eloquência e a verdade desse fato, se esforça em equacionar a solução justa, considerando as normas e os princípios jurídicos, em exegese que não se pode descolar da realidade histórica posta e do que há de vir conforme o resultado decisório; enfim, daquilo que, por prudência, é devido por justiça, atento à equidade, que a diagnose do caso e a prognose da solução (amplamente avaliados, em seus vários aspectos) reclamam, em realística interpretação direcionada à aplicação jurídica. Mas, enfim, o que se quer dizer ao se afirmar o realismo jurídico, na compreensão, na interpretação e na aplicação do direito? E, porque aí se vislumbra um método interpretativo e decisório que, de um lado, não tolera o abstracionismo principiológico, mas não desgarrar dos princípios jurídicos, e, por outro lado, tem vivo apreço ao fato histórico, em sua essência e circunstâncias, bem como ao universo dos valores e bens que o marcam, e, ainda, à prognose das consequências da decisão, sem desbancar num historicismo ou sociologismo, num principiológico ou num pragmatismo jurídico aberto à insegurança pelo ativismo judicial (agora em risco de se alargar para o ativismo administrativo e controlador)”⁸⁷⁷.

títulos, por sua vez, dão a medida da conduta juridicamente exigível –a medida da igualdade reclamada– a partir de uma ordem normativa, seja em identidade preceptiva (quando a lei positiva declara o que consta da lei natural: p.ex., a vedação do homicídio do inocente, a proibição do furto e do falso testemunho, etc.), seja em unidade de complementação (na hipótese de a lei positiva acrescentar algo ao comando da lei natural; assim, v.g., as penas estatuídas para os crimes, os prazos para a defesa processual ou para a decadência, a prescrição, etc.)” (Cfr. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural*. 1ª ed. - São Paulo: Editorial Lepanto, 2020, pp. 34/35.). Ainda, nas palavras de HERVADA: “O título é aquilo em que o direito tem origem, ou, dito de outra maneira, é o que causa a atribuição da coisa a um determinado sujeito. Há muitos tipos de títulos, porém podem ser resumidos na natureza humana, na lei, no costume e nos pactos ou contratos.” (HERVADA, J. *O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito*; tradução Sandra Marta Dolinsky. - São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006, p. 52). Por fim, DIP: “É, pois, de dois modos que algo pode ser direito ou justo, é dizer: adequado a outrem conforme um dado modo de igualdade (S.Tomás); o primeiro modo é o natural, o que atende à natureza mesma da coisa; o segundo modo, o convencional, o justo pelo comum acordo, que possui duas espécies: uma, a particular, a do convênio privado (*ex condicto privato*), o ajustado ou contratado entre particulares; outra espécie, a pública, a do que é pactuado, convencional, ordenado por uma potestade divina ou humana (*ex condicto publico*).” (V. DIP, Ricardo. *Abc do direito natural...*, p. 28)

¹⁰⁴ Conforme recorda DIP, é o caso dos juízes, advogados, promotores, registradores e notários e de todos os que exerçam uma função de prudência jurídica.

⁸⁷⁷ AMADEI, Vicente de Abreu. *Interpretação Realista cit.*, p. 75.

Pode-se apontar, portanto, que as leis, como medida/razão do justo, não são em si o direito (senão analogicamente), mas constituem critérios⁸⁷⁸ e caminhos à realização da coisa justa (este o significado principal do “direito”, isto é, a coisa justa⁸⁷⁹ a ser atribuída nas relações sociais, aquilo que o jurista deve incumbir-se de conhecer/discernir/determinar)⁸⁸⁰. O justo concreto, consideradas as circunstâncias contingentes (pelo hábito da prudência que aperfeiçoa a razão), há de ser determinado e atribuído a cada um segundo a medida que lhe for devida.⁸⁸¹

A interpretação do direito (*res iusta*) requer, portanto, “*un tránsito desde la ‘naturaleza de las cosas’ y ‘de cada cosa’ hasta la estimación del ‘hecho jurídico’ que se enjuicia*”.⁸⁸² Não se limita ao texto mas, nas palavras de GOYTISOLO,

*“la verdadera interpretación es siempre ‘interpretatio iuris’; y la denominada ‘interpretatio legis’ no es sino una operación integrante de aquélla: la intelección que, por otra parte, para tener sentido deben recibirlo sus palabras de la naturaleza de las cosas, a la luz de los principios generales, y adecuarse en cada caso a los hechos según sus diversas circunstancias y matices.”*⁸⁸³

⁸⁷⁸ “La circunscripción de la ley a su ratio, así como su intelección de acuerdo con ésta –con o sin presuposiciones en caso de duda- era coherente con la consideración de las leyes humanas como ‘conclusiones’ del derecho natural o como ‘determinaciones’ requeridas por éste; que, para el establecimiento de lo justo, debían ayudar a modo de ‘aliquis ratio iuris’, ‘cierta razón de derecho’, en palabras de Santo Tomás de Aquino. Así hoy lo entendemos quienes –como ya hemos visto– concebimos las leyes como reglas de derecho que –según dice Michel Villey- intentan buscar ‘lo naturalmente justo’, ‘por lo cual no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no pueda abarcar todo lo justo natural, que, por esencia, es inexpresable en su plenitud’. Así resulta que la norma tiene un carácter meramente instrumental, coincidiendo en este criterio –aunque por otro camino-, con quienes lo afirman desde el realismo angloamericano, tales como Llewellyn... (...). Sin duda resulta esto en contra de las concepciones de quienes fundan el derecho en el contrato social, y de ahí en la voluntad de Leviathan –ya se exprese ésta a través de la voluntad de un rey absoluto o de la voluntad générale-...” (V. GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Metodología Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 408).

⁸⁷⁹ V. DIP, R. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 86/88.

⁸⁸⁰ “La labor propiamente jurídica, consistente en hallar lo justo concreto, es cotidianamente realizada por todos, en general, aunque cada cual se incline a pensar subjetivamente en su propio derecho a algo. Pero con el hábito de la virtud de la justicia, en lo humanamente posible, puede superarse esa visión subjetiva parcial, y se supera tanto mejor cuanto mayor sea la virtud en el sujeto. (...) Ese ‘derecho’, es decir, la cosa justa, puede ser realizado espontáneamente con o sin asesoramiento de expertos, o bien ser determinado por quien deba configurarla –sea notario, compondor, arbitro -, o, en fin, imponerse por un juez o un tribunal. Pero, en todo caso, sus realizadores tienen como pautas, de una parte, la naturaleza – en su más amplio sentido normativo-, y, de otra, las normas de derecho positivo e las resoluciones anteriores acerca de casos iguales o parecidos. Es decir, se tiene ante los ojos un ‘hecho’ y unas ‘normas’ a fin de enjuiciarlo y dotarle de realidad ajustadamente.” (GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Metodología Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 399).

⁸⁸¹ “El realismo jurídico entiende el derecho en cuanto ciencia o arte en el sentido que le dieron los juristas romanos, fundándose en Aristóteles. Ulpiano dice que el derecho es *ars boni et aequi*, el arte de conocer y realizar en concreto lo bueno y lo equitativo. Y la jurisprudencia es ciencia de lo justo y lo injusto, para lo cual se requiere tener cierto conocimiento (*notitia*) de las cosas humanas y divinas: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*. Es decir, para el realismo jurídico la ciencia o arte del derecho no atiende primariamente a las normas, ni a los derechos subjetivos, sino a los hechos, cosas, acciones, en cuanto justas o debidas a otro.” (Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análisis del derecho justo cit.*, pp. 14/15)

⁸⁸² GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Manuales de Metodología Jurídica. III. De la determinación del derecho*. Madrid: Fundación cultural de notariado, 2004, p. 71.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 77.

Ainda, GOYTISOLO:

*“Así derecho y hecho resultan inseparables. No tiene sentido el uno sino en relación con el otro, y ambos a la luz de los principios. Las normas resultan instrumentales a ese fin. (...) La intelección de las leyes carece de sentido sin esa luz y sin la explicación que, con su iluminación, resulta de los hechos”.*⁸⁸⁴

Resulta óbvio que mesmo o jurista prático (pense-se nos juízes e advogados), valendo-se do método dialético (há quem prefira chamá-lo deliberativo⁸⁸⁵) e raciocinando juridicamente - para, *hic et nunc*, prudencialmente aconselhar/discernir/determinar singularmente o justo concreto – deverá aplicar princípios (filosóficos, científicos e jurídicos), necessitando, pois, do sentido (não o pleno conhecimento, o que é impossível) da ordem do todo (que é o sentido do bom, o bom sentido necessário a todo julgamento do particular)⁸⁸⁶, e das ciências e filosofias e, em especial, da ciência do direito e da filosofia do direito.⁸⁸⁷ Se nas coisas singulares e contingentes, e tanto mais em matérias duvidosas, deve o jurista prático - observada a dialética processual e o aporte de cada participante - racionalmente investigar e perquirir informações, presentes circunstâncias particulares e concretas, argumentos, passados precedentes, além de (prever) prováveis futuros contingentes (consequências), é dizer, deliberar antes de emitir o juízo, de dizer o direito, não menos certo é que não pode prescindir de fatos aferíveis pelos sentidos nem de verdades universais que ciências especulativas ou práticas possam emprestar, os quais atuam como limites pressupostos à deliberação.⁸⁸⁸

Note-se: se o processo de prudencial determinação e imperação do justo concreto não se reduz a um mecânico dedutivismo-silogístico (matematizante), porquanto supõe, em várias de suas fases, valoração e estimação de normas e fatos que atuarão como premissas do raciocínio, é dizer, supõe eleições prudenciais em que razão e vontade atuam sobre normas e fatos com vistas à valoração e estimação do bem devido a outrem, na mediação em que consiste a interpretação voltada ao desvelo e imperação do justo devido, isso todavia não implica negar

⁸⁸⁴ GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Principios básicos de la interpretación en el derecho civil catalán*. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, ISSN 1137-117X, N.º 1, 1995, págs. 111-122, p. 118.

⁸⁸⁵ V. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 51 e ss..

⁸⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?». *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, N.º 2, 2001, págs. 519-546, p. 530. Ainda: AQUINO, S. Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 2, ad. 3.*

⁸⁸⁷ “*La prudencia del derecho llega a una visión de lo justo per quandam collationem. El jurisprudente tiene en cuenta varias opiniones o puntos de vista acerca del derecho en estudio. Siendo el derecho concreto una cosa singular, esta visión del derecho reside en el entendimiento práctico, que conoce los singulares, como ya se ha dicho. Ahora bien, en esta función de conocer el derecho hic et nunc, la prudencia debe aplicar los principios universales a los casos concretos, por donde se ve que este conocimiento práctico se subordina de algún modo a un conocimiento previo más universal. La jurisprudencia necesita de la ciencia del derecho y de la filosofía;*” (Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análisis del derecho justo cit.*, p. 39).

⁸⁸⁸ *Ibidem*, pp. 42/44.

o papel do silogismo prático (prudencial)⁸⁸⁹ no raciocínio jurídico, ao qual cabe garantir a forma lógica correta do raciocínio jurídico.⁸⁹⁰

Nesse contexto, pode-se resumir, com apoio em DIP, que toda atividade decisória - não se reduzindo a uma atividade propriamente científica (não conclui apenas genericamente pelas causas nem se resume à factualidade de dados empíricos) ou a uma técnica (meramente voltada ao útil) -, aplicando-se ao desvelo do justo concreto para sua conseguinte imperação -, não se dá, conquanto esta apreciação seja importante, pela só consideração abstrata da norma⁸⁹¹ (e dos precedentes), exigindo sempre o confronto com os fatos, e de fatos e normas à luz dos princípios dimanados da ordem das coisas e de todas as coisas, e é tanto ato da razão prática quanto saber técnico-prudencial, para ela concorrendo a inteligência - que apreende e desvela o justo concreto na hierarquia dos bens e da ordem legal -, e a vontade - que, quando reta, por diversas eleições (aqui a nota da liberdade que permite a eventual má escolha) permite à razão imperar a solução justa. Com efeito, na perspectiva aristotélico-tomista, o juiz, ao julgar⁸⁹², pratica um ato do qual participam intelecto e vontade e que tanto pertence à virtude da justiça⁸⁹³

⁸⁸⁹ “... o raciocínio da prudência atinge seu termo em uma ação particular que é como uma conclusão, à qual é aplicado o conhecimento universal, como foi dito. Ora, uma conclusão particular se obtém pela via do silogismo a partir de uma proposição universal e de uma proposição particular. É preciso, portanto, que a razão da prudência proceda de um duplo intelecto. Um deles é conhecedor das universais e figura entre as potências intelectuais; porque nós conhecemos naturalmente, não somente os princípios universais especulativos, mas também os práticos, como, por exemplo: ‘não se deve fazer o mal a ninguém’. - O outro intelecto, como diz Aristóteles, é aquele que conhece o ‘extremo’, quer dizer, algo primeiro, singular e contingente operável, com a proposição menor, qual deve ser particular em um silogismo de prudência, como foi dito. Ora, este primeiro singular é um fim singular, como está dito na mesma passagem. Portanto, o intelecto que figura como parte da prudência é a reta avaliação de um fim particular.” (AQUINO, S. Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 2, ad. 1)

⁸⁹⁰ Veja-se: V. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. - 2ª ed. - Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp.73/86.

⁸⁹¹ “De lo expuesto se deduce que el conocimiento de la ley —del derecho normativo en general— es fundamental para el conocimiento del derecho, de lo justo concreto. Por eso, las concepciones normativistas —e incluso el iuspositivismo—, poniendo el acento en el estudio de la norma, han impulsado la configuración de una ciencia de la ley y una estructuración científica de todo el ordenamiento positivo. A mi juicio, empero, todo ese esfuerzo encomiable resulta estéril cuando no se orienta a dar ‘razón del derecho’ (aliquis ratio iuris) y a descubrir qué es lo debido a cada uno hic et nunc. Precisamente por el olvido del ‘derecho objetivo’, todo normativismo hace posible la escisión entre “el derecho” y “lo justo”. Algunos trasladan “lo justo” a la esfera de lo ideal o del derecho natural (abstracto, en el sentido del iusnaturalismo racionalista). Otros —quizá con mayor coherencia— se olvidan de “lo justo”, considerándolo una abstracción ideológica. En cualquier caso, el estudio del derecho parece quedarse a mitad de camino.” (Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análisis del derecho justo cit.*, p. 26).

⁸⁹² Veja-se DIP, Com S. TOMÁS: “O juízo não é outra coisa que certa definição ou determinação do justo —*definitio vel determinatio quod iustum est*”. (DIP, R. Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismos antigos. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, ISSN 1137-117X, Nº. 21, 2015, págs. 161-169).

⁸⁹³ “[O julgamento é ato da virtude da justiça]. O julgamento propriamente designa o ato do juiz enquanto juiz. Ora, a palavra juiz, em latim, ‘iudex’, vem de ‘ius dicens’, isto é, ‘o que diz o direito’. O direito, porém, é objeto da justiça, como explicado no início deste livro. Por isso, o julgamento implica, segundo a acepção primária deste nome, a definição ou a determinação do justo ou do direito. (...). Por isso, o julgamento, que importa na correta determinação do que é justo, propriamente pertence à justiça. É daqui que Aristóteles diz que ‘os homens se refugiam ao juiz assim como a uma justiça [personificada]’. (Cfr. Aquino, S. Tomás. *Comentário à ética...*, p. 374).

quanto à virtude da prudência⁸⁹⁴, determinando e dizendo o direito a fim de prover o justo concreto após a atividade de interpretação, um juízo que se formaliza na decisão judicial.

Com S. TOMÁS, recorda SOLER:

*“El ars iuris es, ante todo, la actividad del juez, que se consumará en la sentencia. Sto. Tomás de Aquino en la II-II,60 dice que «juicio se le llama propiamente al acto del juez en cuanto es juez, y al juez se le llama tal porque es quien pronuncia el derecho. (...) el juicio implica, en la primera acepción del nombre, la definición o determinación de lo justo o del derecho»”.*⁸⁹⁵

Resumidamente,

*“... el arte jurídico queda definido por su finalidad, que es la Justicia; por su materia, que es la conducta social; por sus reglas, que son las normas de derecho; y por el sentido de lo justo. La praxis del arte jurídico consiste en conjugar el sentido de lo justo, las reglas de derecho y el conocimiento de la realidad social que se enjuicia o examina en concreto, en orden al hallazgo de la solución justa”.*⁸⁹⁶

A interpretação deve dar-se, assim, sempre referente aos primeiros princípios da razão prática, aos princípios ético-jurídicos e aos princípios gerais de direito, e tanto à *mens* quanto à

⁸⁹⁴ “Levanta-se uma objeção: o julgamento parece ser ato da prudência, não da justiça [IIa/IIae q.60 a.1. ad.1]. Diz Aristóteles no primeiro da Ética que ‘cada um julga corretamente aquilo que conhece’, de tal maneira que isto parece querer dizer que o julgamento pertencerá às forças cognoscitivas do homem. Ora, a força cognoscitiva se aperfeiçoa pela prudência, [da qual se tratará no sexto livro da Ética]. Portanto, o julgamento mais parece dever pertencer à prudência do que à justiça, que, conforme já se explicou, está na vontade. Quanto a isto devemos dizer que o nome de julgamento, que segundo sua aceção primária significa a correta determinação do justo, ampliou-se para significar a correta determinação em qualquer coisa, tanto no que é especulativo como no que é prático. Todavia, para qualquer julgamento duas coisas se requerem. Das quais a primeira é a própria virtude que profere o julgamento. Desta maneira, o julgamento será ato da razão, porque o dizer ou o definir algo o é da razão. A segunda é a disposição de quem irá julgar, pela qual este alguém possuirá idoneidade para corretamente julgar. Desta maneira, nas coisas que pertencem à justiça o julgamento procede da [virtude da] justiça, assim como nas coisas que pertencem à fortaleza o julgamento procede da [virtude da] fortaleza. Assim, portanto, o julgamento é um ato [da virtude] da justiça [na medida em] que [esta virtude] inclina a corretamente julgar, e é um ato da prudência [na medida em que] profere o julgamento.” (Cfr. AQUINO, S. Tomás. Comentário à ética..., p. 346). Cite-se, ainda, ORREGO SÁNCHEZ: “*Todo conocimiento completo se da en el juicio del intelecto, sede de la adecuación veritativa. En el caso de la justicia y el derecho, el juicio consiste en decir el derecho (ius dicere). Por eso, iudicium proprie nominat actum iudicis in quantum est iudex. El juez es ius dicens, quien dice el derecho; su juicio implica la definición o determinación de lo justo o del derecho. Ahora bien, decir o definir algo es propio de la razón, y si lo definido es el objeto contingente de una virtud, es acto de la razón práctica proferido o pronuncia do mediante la prudencia. En este caso, mediante la iurisprudencia.*” (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Análítica del derecho justo cit.*, p. 38). Veja-se, também, DIP: “Reunindo-se, na pessoa do juiz, poder (*potestas*) e autoridade (*auctoritas*), sua função de imperar - própria da *jurisdictio* -, embora mais vistosa, secunda a função de declarar o direito (*judicatio*). Dessa maneira, sem recusar-se que o império seja a parte principal da virtude da prudência, prevalece na decisão judiciária o caráter de autoridade, na medida em que o Império judicial seja sobretudo moção ordenada pela razão, o que, em linguagem posta ao dia, implica a relevância da motivação das sentenças e seu controle racional. Como efeito, prudência é uma virtude formalmente racional, cujo objeto é ditar como se deve agir num caso singular. É no âmbito da prudência que se dão o conselho (scl., consulta, deliberação, indagação) e a conclusão sobre os meios encontrados para realizar os fins das virtudes morais (capitalmente, justiça, temperança e fortaleza), embora também não lhe escape, como visto e com caráter principal, a imperação de executar os conselhos e juízos antes achados.” (V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica...*, pp. 119/120).

⁸⁹⁵ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1080.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 1088.

ratio legis (esta é a causa final que orienta a própria *mens legis* ao fim racional da lei), na tensão entre disposição normativa (que é caminho/medida/razão do justo) e fato, compreendendo um juízo prudencial e se revelando como uma “mediação”⁸⁹⁷ - com vistas à atribuição do justo concreto⁸⁹⁸ - na qual atuam intelecto e vontade.

Ressaltado o caráter prudencial exigido para a interpretação e determinação do direito, do justo concreto, impõe-se agora enfocar alguns aspectos da virtude da prudência⁸⁹⁹ em sua relação com a atividade de determinação do direito⁹⁰⁰ e com a segurança jurídica.

PIEPER, com S. TOMÁS, bem aponta a relação entre a prudência e a realidade objetiva ao afirmar que,

“Verdadeiramente, é a prudência o padrão do querer e do agir; mas o padrão da prudência é por sua vez a *ipsa res*, “a própria coisa”, a realidade ontológica objetiva. A primazia da prudência significa pois, em primeiro lugar, a orientação do querer e do agir para a verdade; mas significa por fim a orientação do querer e do agir para a realidade objectiva. O que é bom começa por ser prudente; o que é prudente, porém,

⁸⁹⁷ V. GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Metodologia Jurídica cit.*, pp. 414 e ss..

⁸⁹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, após recordar que “*Hay ocasiones en que el tipo, regulado en una norma, corresponde plenamente al hecho del caso*” e que feitas e comprovadas comparativamente “*la diagnosis del hecho y la intención de la norma, el intérprete no tiene problema, su mediación entre ésta y aquél se circunscribe a comprobar que se da una verdadera subsunción*”, uma simples aplicação da norma ao caso, aponta situações em que a determinação do direito não se dá por subsunção. Diz GOYTISOLO: “*Es evidente que la norma, como nos advirtió el Aquinatense, es aliqualis ratio iuris, una regla de derecho que no puede aplicarse mecánicamente; y esto nos explica su relativa inmovilidad, como la de la flecha, en la imagen eleática, frente a la individualizada variabilidad del derecho -de la ipsa rem iustam- resultante de la casi infinita variedad y mutabilidad de las circunstancias de hecho. (...) Es decir, que la determinación del derecho -o sea, de lo que es justo en concreto- no se confunde con la aplicación de la ley ni se realiza por la sus del hecho en la norma a través de un simple silogismo*” (*Ibidem*, pp. 414/417).

⁸⁹⁹ “Integram (melhor dito: quase integram) a virtude da prudência a) a memória do passado, para considerar a experiência de fatos símiles, uma vez que, em matéria de ações contingentes, julga-se pelo que frequentemente ocorre e não por necessidade apriorística e absoluta, b) a inteligência do presente, que é não só a percepção do caso, mas também a intelecção dos primeiros princípios da razão prática (sindérese), c) a docilidade, para aprender das instruções alheias, d) a sagacidade (solércia ou eustóquia), para julgar casos urgentes, e) a razão, para bem usar – i.e., com lógica – da faculdade discursiva, f) a providência, para ver ao longe as consequências, g) a circunspeção, para aferir as circunstâncias particulares de cada caso, h) a cautela ou precaução, que avalia os impedimentos externos. Em particular, do juiz se exigem duas virtudes anexas ou potenciais da prudência, que são a sínese (bom sentido moral) e a gnome. Aquela, é a boa disposição para julgar retamente, i.e., para apreender as coisas tais como elas são em si próprias. Se a sínese é um julgamento sobre o que sucede conforme ao comum das coisas, a gnome (ou perspicácia), diversamente, é o julgamento do que ocorre fora do curso normal das coisas.” (V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. *Propedêutica Jurídica cit.*, pp. 119/120).

⁹⁰⁰ “*La prudencia que rige el arte jurídico es guiada básicamente por el gnome o perspicacia, parte potencial de la prudencia «para juzgar aquellas circunstancias en las que es conveniente a veces apartarse de las leyes comunes». La determinación del derecho, cualquiera que sea su modalidad: iudicare, ministrare, postulare, concillare, cavere, inclusive la actividad de los particulares, es un acto propio de la virtud de la prudencia, o más exactamente un acto guiado básicamente por el gnome o perspicacia o juicio equitativo. El gnome o juicio equitativo es una virtud derivada o parte potencial de la prudencia que «inclina a juzgar rectamente en los casos excepcionales y raros no previstos en la ley»*” (SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, p. 1092).

está de harmonia com a realidade. (...) A primazia da prudência significa que a realização do bem tem como pressuposto o conhecimento da realidade.”⁹⁰¹

Mister recordar, com LAUAND, que “[p]or mais que nosso tempo insista em querer relativizar a verdade, no fundo sabemos que há certos e ‘errados’ objetivos e que a decisão do agir é um problema de *ratio*, de *recta ratio*...”⁹⁰², o que também traz à lume – e isso se tem destacado no curso desta tese – a importância central da ética das virtudes e, em especial, da virtude da prudência – reta razão do agir - na atividade regulativa, interpretativa e de tomada de decisões. Diz LAUAND, com S. TOMÁS:

“Ela [*prudentia*] é uma virtude que – como insiste Tomás – versa sobre o ‘aqui e o agora’, sobre a realidade contingente, singular, infinitamente variada, com a qual eu me encontro e requer de mim uma decisão. Para decidir corretamente, devo enxergar a verdade, o *logos*, o que a realidade exige de mim. Trata-se, portanto, antes de mais nada, de uma clarividência, de uma *simplicitas*, de uma capacidade intelectual de ver o real. Mas não de um real teórico, teorematizado; e sim do concreto: saber discernir no ‘aqui e agora’ o que vai me realizar ou o que vai me destruir... Tomás, sempre atento à linguagem, dirá que *prudens* vem de *porro uidens*, ‘ver longe’.”⁹⁰³

Destaca o autor, com S. TOMÁS, que

“A definição de *prudentia – recta ratio agibilium* – situa o próprio centro da vida moral em dois âmbitos literalmente decisivos: o cognoscitivo e o preceptivo: trata-se de conhecer a realidade (*recta ratio*) concreta para tirar daí a decisão de ação (*agibilium*). Daí que a *prudentia* seja considerada a mãe (*genitrix virtutum*) e a guia (*auriga virtutum*) das virtudes.”⁹⁰⁴

A atividade interpretativa e a determinação do direito não prescindem, assim, da prudência⁹⁰⁵, virtude que, radicando-se na razão prática, aperfeiçoa a razão para o agir,

⁹⁰¹ PIEPER, Josef. Virtudes fundamentais *cit.*, pp. 18/19.

⁹⁰² LAUAND, Luis Jean. A arte de decidir: a virtude da *prudentia*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003, p. 321.

⁹⁰³ *Ibidem*, pp. 320/321.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, p. 318.

⁹⁰⁵ “A prudência é a “*Recta ratio agibilium* (= a reta razão no agir). Uma das quatro virtudes cardeais (...) é um hábito operativo, radicado na razão prática, cuja função específica é a de imperar o bem próprio de cada virtude moral em ordem a ações singulares e contingentes.” (V. DIP, Ricardo e CUNHA, Paulo Ferreira da. Propedêutica Jurídica..., p. 275). Ainda, DIP: “...*los hábitos operativos tienen por fin el bien de las acciones concretas. Esto exige un conocimiento intelectual y práctico, es decir, un conocimiento que dirija las acciones. Elegir rectamente los medios para bien obrar supone tanto el conocimiento del fin de las acciones como el conocimiento de la ordenación adecuada para alcanzar ese fin. Esto exige un hábito intelectual, cognitivo, no bastando un hábito meramente apetitivo, es decir, sólo proveniente de la voluntad, de lo concupiscible o de lo irascible. Cabe a uno de los hábitos intelectuales, exactamente a la virtud de la prudencia, la misión de indicar las reglas racionales — recta ratio agibilium— y conducir (auriga virtutum) las acciones humanas singulares. Ahora bien, el hábito es una cualidad que torna buena o mala la sustancia, o sea, la cualidad según la cual un ente está bien o mal conformado a su propia naturaleza, de manera que el hábito puede tanto modificar o disponer en conformidad como en disconformidad con la naturaleza de su sujeto, naturaleza que tiene aquí el carácter de fin. Y, en efecto, la rectitud de los actos humanos siempre exige que se conformen no sólo con la natura hominis, sino con la natura omnium rebus —la naturaleza de todas las cosas—. De manera que la ética, y con ella, todas las virtudes morales presuponen una ordenación ontológica y valorativa (porque el fin es un bien). Es ya de ARISTÓTELES la afirmación de que la voluntad, dirigiéndose al fin, no lo elige, porque la elección es propia y sólo da los medios para ese fin. En la misma línea lo entiende SANTO TOMÁS al decir: «Finis, in quantum est huiusmodi, non cadit sub electione» —el fin, en cuanto tal —, no entra en la elección, porque el appetitus naturalis es una inclinación*”

indicando o médio das virtudes morais e, de conseguinte, o da justiça (e o da justiça jurídica, inclusive). LAUAND também afirma⁹⁰⁶: “Na verdade, a *prudentia*, enquanto virtude da decisão, é a própria base da justiça e a *iurisprudentia* nada mais é do que a *prudentia* do *ius*”. É a “arte de decidir certo” a partir de uma clara visão da “realidade”⁹⁰⁷.

Com BOEIRA, pode-se especificar: “[a] virtude da *recta ratio agibilium*, que no caso específico do juiz, transfigura-se em “*ratio decidendi*”⁹⁰⁸.

E recordará PIEPER que “as decisões prudentes, a partir das quais o nosso ato livre se realiza, alimentam-se em duas fontes: ‘É necessário que o prudente conheça não só os princípios universais da razão mas também os aspectos particulares em que se situa o seu procedimento moral’”.⁹⁰⁹ A prudência, assim, “[é] cognitiva e volitiva. Está voltada para a intelecção do real e, por outro lado, para a determinação do querer e do agir”, e a decisão que se segue à reflexão e ao juízo recebe seu “padrão” do conhecimento, que lhe é anterior (“o bom pressupõe o verdadeiro”), tudo em ordem a, no aqui e agora, bem dirigir a ação, de modo que, “[n]a processão da prudência, é através do ser que o dever toma forma; e assim o conhecimento da realidade atinge a sua plenitude na realização do bem”.⁹¹⁰

Registre-se, por oportuno, que LAUAND argutamente menciona - na esteira do relacionamento entre ética e linguagem - a deformação semântica do termo *prudentia*⁹¹¹,

*consecuente de la forma natural —inclinatio consequens formam naturalem—. O sea, teniendo la naturaleza de los hombres un fin determinado, éstos tienden naturalmente —naturaliter— a ese fin, porque realizarlo es la razón misma de ser de su naturaleza: el fin define exactamente la naturaleza. Así, el obrar del hombre congruenter naturæ humanæ es cumplir la finalidad inscrita en su naturaleza, es satisfacer su apetito natural —vale decir, lo que le define la misma naturaleza: tal es la naturaleza de los hombres, tales serán el apetito natural, la actividad humana y, en suma, el fin que ha de alcanzar—.” (DIP, Ricardo. *La naturaleza humana y su relevancia práctica* cit. pp. 39/48 e 44/45). Veja-se, também: Suma Teológica, II-II, q. 47.*

⁹⁰⁶ LAUAND, Luis Jean. *A arte de decidir* cit., pp. 315/318.

⁹⁰⁷ “A inteligência da *Prudentia* é uma virtude e não dotes de inteligência, digamos, de Q.I., porque só o homem bom consegue ter a inteligência que não distorce o real (pense-se, por exemplo, na dificuldade de ver a realidade por conta de preconceitos, inveja, egoísmo etc.). Virtude da inteligência, mas da inteligência do concreto: a *prudentia* não é a inteligência que versa sobre teoremas ou princípios abstratos e genéricos, não!; ela olha para o ‘tabuleiro’ de nossas decisões concretas, do ‘aqui e agora’, e sabe discernir o ‘lance’ certo, moralmente bom. Entre muitos outros pontos geniais da doutrina clássica, destacaria inicialmente seu critério para saber o que é bom: a realidade!”. (*Ibidem*, pp. 316/317)

⁹⁰⁸ V. BOEIRA, Marcus Paulo R.. Apresentação. In FERNANDES, André Gonçalves. *O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes*. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p.24.

⁹⁰⁹ PIEPER, Josef. *Virtudes fundamentais* cit., p. 19.

⁹¹⁰ *Ibidem*, pp. 21, 35 e 37.

⁹¹¹ “...o relacionamento entre ética e linguagem torna-se ainda mais problemático por conta da conhecida ‘lei’ – C. S. Lewis estuda isto brilhantemente em seu clássico *Studies in words* – que registra a ‘inflação’ semântica das palavras que exprimem realidades morais. O pior é que não se trata só de esvaziamento das palavras fundamentais, mas, por vezes, de autêntica inversão de polaridade: a palavra que designava uma virtude passa a designar um vício. É o que ocorreu, por exemplo, com a palavra ‘simples’ (*simplex*) e com a palavra ‘prudência’ (*prudentia*). *Simplex*, classicamente, nada tem que ver com *simplório* e designa o homem que tem uma visão límpida da realidade e que não deixa a objetividade de sua consciência ser subornada por interesses interesseiros.

fenômeno resultante não meramente de uma inflação semântica do termo, mas de uma sua inversão de polaridade: antes designativa de uma virtude, passa, em vários contextos, a designar o que, na verdade, é um vício. Nas palavras do autor:

“Ora, baseados em que tomamos nossas decisões? A arte, dizíamos, de decidir bem, reta e adequadamente, era denominada pelos antigos *prudentia*. Originariamente, a virtude da *prudentia* (...) não tem nada que ver com a encolhida cautela a que, hoje, chamamos prudência; *prudentia* (a legítima, a verdadeira) é, pura e simplesmente, a arte de decidir certo. Estudando o tratado *De prudentia* de Tomás de Aquino, deparamos uma doutrina maravilhosa e riquíssima e, além do mais, de extrema atualidade. Encontramos, por exemplo, que a *Prudentia* é uma virtude intelectual; seu princípio é a inteligência reta, o olhar límpido, simples, capaz de ver a realidade e, com base na realidade vista, tomar a decisão boa, para ‘fazer a coisa certa’”.

Nessa linha, apontará LAUAND: “Esse caráter dramático da *prudentia* manifesta-se no fato de que ela, sim, é uma atitude racional, é a limpidez da inteligência que vê o real (e isto é uma qualidade moral: só o homem de coração puro vê o real) (...).”⁹¹²

A clara visão que penetra o real depende, por óbvio, do exercício escorreito das operações do intelecto⁹¹³: simples apreensão, juízo e raciocínio. Essas operações – quando

Prudentia, classicamente, designa a arte de tomar a decisão certa.” (LAUAND, Luis Jean. A arte de decidir: a virtude da *prudentia* cit., p. 316).

⁹¹² *Ibidem*, p. 321. Acrescenta o autor: “Suponhamos, por exemplo, que aceitemos os dez mandamentos como guia moral e que estejamos todos de acordo em que é necessário, digamos, amar pai e mãe... Porém, como realizar este ‘amar pai e mãe’ na situação concreta em que estes pais reais – Sr. João e Da. Maria – se encontram no aqui e no agora: o que é o melhor, objetiva e concretamente, para eles? Oferecer-lhes todas as comodidades, poupando-lhes todo trabalho ou deixá-los que se ocupem de suas tarefas para que não caiam numa torpe alienação? A condição humana é tal que – muitas vezes – não dispomos de regras operacionais concretas: há um certo e um errado objetivos, um ‘*to be or not to be*’ pendente de nossas decisões, mas não há regra operacional. Tal como para o bom lance no xadrez, há até critérios objetivos... mas não operacionais!”

⁹¹³ “(...) [P]artindo dos dados sensíveis presentes nos singulares aprendidos pelos sentidos (e essa apreensão sensível está em nível material), o intelecto - como potência para todos os universais e tendo por objeto próprio a forma/essência das coisas materiais - é então capaz de uma primeira operação, chamada simples apreensão, pela qual se chega à “quididade”, ao termo mental (o objeto intelectual conhecido simplesmente, é dizer, sem afirmação ou negação), que é um conceito. Consiste em uma espécie de “penetração intelectual do sensível”, pela qual a forma/essência do ente (que está em potência para ser apreendida) é em ato apreendida pelo intelecto (que abstrai/separa o universal das notas materiais individuantes do ente realmente existente e do ato da existência), operação esta que embora não seja passível de falha (é dizer, o termo mental da apreensão é idêntico à coisa/essência como tal), não resulta na expressão precisa da essência/coisa, porque seu resultado é o termo simples da abstração (não afirma ou nega, nada declarando sobre o objeto conhecido). A precisão somente será possível com uma segunda operação, o juízo ou julgamento, este, por sua vez, passível de erro. Desse modo, a verdade, dando-se primeiramente no intelecto (como se viu no parágrafo acima), dá-se, mais precisamente, com a sua segunda operação, o julgamento, uma operação complexa que, relacionando termos mentais apreendidos, permite - por atribuição/negação de um predicado ao sujeito mediante uma cópula que os liga, o verbo “ser” afirmado ou negado (o juízo é expressado em uma proposição) – julgar da conveniência ou inconveniência entre eles, afirmando e enunciando (a enunciação é o termo do juízo, sua expressão, aquilo que se pronuncia ao julgar) por um verbo mental tanto sobre a verdade/falsidade da existência de entes reais ou de razão (juízo de existência) quanto sobre a relação de igualdade/conformidade entre o conceito e a coisa, tornando manifesto, ao compor/dividir por afirmação/negação, que a coisa que se percebe “é” (tem ser, ainda que de razão) e tem uma determinada natureza/essência, pelo que o sujeito que conhece também toma consciência da verdade de seu próprio pensamento à medida que este é comparado com o objeto (real ou de razão) considerado (é dizer, na medida em que o intelecto conhece a proporção de seu próprio ato ao ser)... Se pelos juízos o intelecto pode predicar verdade/falsidade aos conceitos, é por uma terceira operação – o raciocínio – que o intelecto é capaz de, relacionando as verdades das

secundadas pelas virtudes – permitem que o ato seja levado à potência com o possível grau de perfeição.⁹¹⁴ Nessa senda, a prudência exercerá papel central, porque discernirá a reta ação a ser tomada nas situações concretas e contingentes, para as quais – e sem que isto implique negar a existência de princípios morais e jurídicos absolutos – nenhum corpo legislativo poderá emprestar todas as respostas e modos de regulação. Por isso diz LAUAND que

“Uma das mais perigosas formas de renúncia a enfrentar a realidade (ou seja, a renúncia à *prudencia*) é trocar essa fina arte de discernir o que a realidade exige naquela situação concreta por critérios operacionais rígidos, como num Manual de Escoteiro Moral ou, no campo do direito, num estreito legalismo à margem da Justiça. (...) Certamente, há absolutos na moral (não existem homicídios ou adultérios bons); refiro-me à indevida absolutização do relativo... (...) Mesmo sem chegar a extremos como o da criação de um Ministério do Vício e da Virtude, a tentação é a de tornar dispensável a virtude pessoal da *prudencia* (e a da Justiça): deixando tudo definido e operacionalizado num código.”⁹¹⁵

Em linha similar, apontará SOLER, recordando DE CORTE e VALLET DE GOYTISOLO:

“*Frente a esta concepción del ars iuris, arte anclado, fundamentado en la prudencia y, concretamente, en la perspicacia o juicio equitativo, «el drama de nuestra época», dice Marcel de Corte, es precisamente «la ruptura de la colaboración entre el arte y la prudencia»: la prudencia ha sido suplantada por la póiesis y sus técnicas. Vallet resume el punto diciendo: «La legislación ha sido considerada como una técnica o un arte al servicio de una póiesis creadora del modelo, ideológico o cientifista, que se trate de realizar.— Resulta uno más de los medios operativos para construir ese modelo, ya lleve el nombre de constitución o el de ley.»*”⁹¹⁶

Para se fazer a coisa certa e - especificadamente no âmbito da tomada de decisão judicial - para determinar-se e atribuir-se o justo concreto, não bastará a clara visão da realidade, é dizer, de qual seja o bem a ser provido a quem de direito, mas se fará necessária a atuação da prudência de par com outras virtudes morais (dentre as quais a da justiça e a da fortaleza), que devem apresentar-se sincronizadas e, uma vez regidas pela prudência, devem todas crescer e pôr-se em marcha harmonicamente. Diz LAUAND:

“...ver a realidade é só uma parte da *prudencia*; a outra parte, ainda mais decisiva (literalmente) é transformar a realidade vista em decisão de ação: de nada adianta saber o que é bom se não há a decisão de realizar este bem... O nosso tempo, que se

essências de cada coisa, de suas propriedades e de seus acidentes (estes também têm essência, embora não existam separadamente das substâncias), chegar a novas verdades (que, ao final, também serão o resultado de julgamentos), daí porque o raciocínio também se ordena ao julgamento, de sorte que é preciso dar às verdades uma razão, é dizer, uma ordem. (...) À “verdade prática” se chega pelo juízo prático que formula a norma, a regra de conduta, o que “deve ser” em vista de um fim (...).” (Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado).

⁹¹⁴ “...segundo Tomás, a função da virtude (como a de todo hábito em geral) é precisamente a de permitir realizar o ato com facilidade, “espontaneamente”, com um certo “automatismo” que não tira a liberdade, antes pelo contrário...” (LAUAND, Luis Jean. *A arte de decidir: a virtude da prudencia cit.*, p. 322).

⁹¹⁵ *Ibidem*, pp. 317/318.

⁹¹⁶ SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho cit.*, pp. 1092/1093.

esqueceu até do verdadeiro significado da clássica *prudencia*, atenta contra ela de diversos modos: em sua dimensão cognoscitiva (a capacidade de ver o real, por exemplo aumentando o ruído – exterior e interior – que nos impede de ‘ouvir’ o real) e em sua dimensão prescritiva: o medo de enfrentar o peso da decisão, que tende a paralisar os imprudentes (pois, insistamos, a *prudencia* toma corajosamente a decisão boa!).”⁹¹⁷

Por isso é que, a despeito de que a prudência exija o exame diligente da realidade para que – evitando-se a precipitação, a inconsideração e a inconstância - bem se delibere, julgue e impere, afirma LAUAND que “[o] homem não pode (...), para chegar ao termo de uma decisão, esperar a certeza teórica das conclusões rigorosas: desejar isso equivale a não chegar nunca a decidir-se e a permanecer na imprudência da indecisão”.⁹¹⁸

Em suma: a prudência do direito, para o *iusnaturalismo* clássico, tem por fim a justiça, uma vez que assinala seu objeto. Um fim que é prático, operável, algo que se há de agir/fazer.⁹¹⁹ É, pois, a virtude da prudência que indicará como retamente agir no “aqui e agora”, na contingência do real, indicando o termo médio para a realização das demais virtudes e, dentre elas, da virtude da justiça (e da justiça jurídica)⁹²⁰.

Em similar sentido, e em caráter de síntese, ORREGO SÁNCHEZ afirma que

*“El derecho es jurisprudencia, la virtud intelectual de la prudencia aplicada al conocimiento de lo justo: iuris prudentia o prudencia del derecho. Esto se ve claro si se tiene en cuenta que el fin de una virtud moral es alcanzar un justo medio según una proporción que el sabio —es decir, el prudente— determinará. En el caso de la justicia, el medio consiste en cierta igualdad proporcional de la cosa exterior a la persona exterior, de modo que el justo medio en la justicia es racional y también real (medium rationis et medium rei). Cuando la prudencia indica a la justicia su “justo medio” le está señalando la medida de su objeto, la medida del derecho, que es algo externo. El conocimiento del derecho aquí y ahora es una mirada sobre la realidad exterior. (...) la función propia de la prudencia del derecho es conocer qué es lo suyo, imperar o preceptuar racionalmente que sea dado, y nada más. A la justicia —virtud moral, no intelectual— compete darlo. De modo que la jurisprudencia es conocimiento del derecho, objeto de la justicia.”*⁹²¹

⁹¹⁷ LAUAND, Luis Jean. A arte de decidir: a virtude da *prudencia* cit., p. 317. Acresce o autor: “É dessa dramática imprudência da indecisão que tratam alguns clássicos da literatura: de Hamlet ao “Grande Inquisidor” de Dostoiévski, de que trataremos mais adiante. A grande tentação da imprudência (sempre no sentido clássico) é a de delegar a outras instâncias o peso da decisão que, para ser boa, depende só da visão da realidade. Há diversas formas dessa abdicação: do abuso de reuniões desnecessárias à delegação das decisões a terapeutas, analistas e gurus, passando por toda sorte de esoterismos.”

⁹¹⁸ *Ibidem*.

⁹¹⁹ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo* cit., p. 42.

⁹²⁰ “A justiça, em sentido estrito, é a virtude cardeal e moral de dar a cada um o que é seu. O objeto da justiça é o direito, que consiste exatamente no *suum* indicado na célebre definição que acerca da *iustitia* formulou Ulpiano: *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* –a constante e permanente vontade de dar a cada um o que é seu. Assim, a justiça é o hábito prático do bem devido a outro –*habitus operativus ad bonum alterius*.” (DIP, Ricardo. *Abc do direito natural* cit., p. 123)

⁹²¹ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo* cit., pp. 37/38.

Conforme bem expõe MASSINI CORREAS,

“Ante la multiplicidad de doctrinas, irracionalistas o voluntaristas algunas, racionalistas a ultranza otras, que se disputan la explicación y la ordenación del razonamiento jurídico, la doctrina de la prudencia aparece como una síntesis realista de razón y de voluntad, de valoraciones y de lógica, de principios universales y de circunstancias singulares. Y ello no es así porque se trate, en este caso, de un eclecticismo más o menos afiando; por el contrario, estamos frente a una adecuación rigurosa del pensamiento a la realidad, a la ponderación de todos los elementos del concreto fenómeno jurídico, a la formulación humilde de la verdad, sin ataduras ni apriorismos ideológicos. Es por esta fundamental razón que, frente a la crisis del racionalismo exegético y la insuficiencia de los voluntarismos kelseniano, sociologista o empirista, se constituye en una exigencia insoslayable el reencuentro del pensamiento y la praxis jurídica con las varias veces milenaria doctrina de la prudencia.”⁹²²

Não podendo ser prudente quem não é moralmente virtuoso⁹²³, o desvelo, a determinação e a atribuição do justo concreto – supondo o influxo de intelecto e vontade - não prescinde do governo das paixões⁹²⁴ pelo desenvolvimento simultâneo das virtudes intelectuais (e, dentre elas, muito especialmente a da prudência) e morais (muito especialmente as cardeais da justiça, da temperança e da fortaleza), sem as quais não se poderá estavelmente (ainda que isto seja ocasionalmente possível) bem determinar e dizer o direito na concretude dos casos nem se atribuir, a despeito das pressões, a cada um o seu direito, frustrando-se a consecução da justiça.

Afirma BOEIRA, assim, que

⁹²² MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 88.

⁹²³ “‘Nenhuma virtude moral é possível sem a prudência’. Por outro lado, ‘não pode haver prudência sem as virtudes morais’. Estas duas frases são igualmente tiradas do tratado de São Tomás de Aquino acerca da prudência. Só o prudente pode ser justo, corajoso e temperado; no entanto, quem não é já temperado, corajoso e justo também não pode ser prudente.” (PIEPER, Josef. *Virtudes fundamentais cit.*, p. 45).

⁹²⁴ “Na medida (...) em que o homem é conduzido pelas paixões, não somente possui uma imaginação descontrolada, mas também está maximamente disposto à apreensão do que é particular, que é aquilo que os sentidos, em que estão as paixões, é capaz de apreender. As virtudes, porém, principalmente a da justiça e, mais ainda, a da justiça legal, que ordena todas as virtudes ao bem comum, inclusive as virtudes que dizem respeito às paixões, ao contrário, dispõem o homem para a apreensão de bens que são mais universais do que os apreendidos pelas paixões. Ademais, a prática da justiça, a maior das virtudes morais, embora ela se refira às operações e não às paixões de modo direto, por força das circunstâncias obriga, entretanto, o homem a não seguir as paixões, não agindo sobre as mesmas diretamente, como as demais virtudes, mas pela apreensão de um bem universal que se sobrepõe ao bem singular apreendido pela paixão. Ora, o bem universal só pode ser apreendido pelo intelecto; entretanto, como o intelecto pressupõe o sentido, ele é, no tempo, o último que se aperfeiçoa no homem. De onde que, antes de possuir um intelecto plenamente desenvolvido, o homem se relaciona no início de sua vida com o mundo exterior pelos sentidos e pelas paixões, movimentos do apetite sensível. À medida em que o intelecto começa a ganhar força, se junto a ele se desenvolvem as virtudes morais e especialmente a da justiça, ele se vê obrigado a substituir o movimento das paixões, que dizem respeito ao singular e que dominam toda a vida inicial do homem, pelas inclinações da virtude que seguem apreensões mais universais do intelecto. A prática da justiça, portanto, mais ainda se levada até à excelência, torna no homem conatural a consideração da inteligência e a ação da vontade acerca de objetos muito mais amplos do que os dos estreitos horizontes das paixões.” (ROSA, Antonio Donato P.. *A Educação segundo a Filosofia Perene cit.*, pp. 224/225)

“[n]a que história do Direito assistimos a confluência entre *iurisprudentia* e as práticas sociais. As conexões entre as formas de vida e as instituições do Direito foram, desde tempos imemoriais, pensadas dentro de um escopo ético-moral, em que as virtudes, em especial a prudência e a justiça, constituem-se como miolos produtores de ações juspolíticas compartilhadas, entendidas aqui como fatores catalisadores de sociedades bem ordenadas. O esquecimento da prudência na forma de edificação dos regimes políticos implicou na crescente diluição dos padrões de existência histórica, provocando um progressivo descolamento entre o bem comum e a burocracia estatal, resultando na máxima instrumentalização do poder político: o totalitarismo, nas suas formas mais letais, como o leninismo-stalinismo, o nazismo e o fascismo. Em regimes impolíticos, aqueles em que os agentes solapam os bens humanos e investem contra os autênticos valores da ordem juspolítica, o Direito é reduzido à lei e/ou ao arbítrio.”⁹²⁵

Recorde-se, nessa perspectiva, conforme já se destacou no curso desta tese, que o fenômeno atual de instrumentalização do poder político pelo econômico está dando forma a modelos tecnocráticos-totalitários de controle social com apoio em aparato tecnologicamente avançado. Perseguindo efetividade, eficiência, controle e uma segurança reduzida à previsibilidade (e uma regulação que a proveja) para fins economicistas, acaba por transpassar os limites morais dados pela própria estrutura do *ser* em sua ordem, pela natureza humana e por seus fins e por ignorar o verdadeiro bem comum, desprezando, no caminho, não caber à técnica substituir o papel da prudência jurídica/política.

No âmbito da atividade de tomada de decisão para determinação do direito, presentificando a necessidade de integrar a segurança à justiça, esclarecedora a advertência de BOEIRA⁹²⁶ no sentido de que a conduta do decisor deve estar pautada na lei (suposto não seja *corruptio legis*) e fundada nas virtudes: ao ambiente marcado pela atuação do juiz soberbo (que “faz, de si, o soberano, o mediador entre a ordem e a guerra, entre a segurança e o medo”) e por um (neo)constitucionalismo em que a ordem jurídica está a ser reformulada para “concretizar um estado-de-coisas caracterizado pela disputa entre espaços de poder, pelo ávido interesse dos agentes em estabelecer fronteiras para os adversários e estender o espaço geográfico de sua soberania”, antepõe o autor a “lição antiga” que vem da “noção clássica de *ius*” (“[a]quela em que o Direito é visto como objeto da justiça, tomada aqui como uma virtude cardeal”) que encontra espaço em um cenário no qual atua um juiz prudente cuja conduta é pautada pela humildade em um percurso “ancorado nas virtudes cardeais” e na lei.⁹²⁷ Nessa perspectiva, aponta BOEIRA:

⁹²⁵ V. BOEIRA, Marcus Paulo R.. Apresentação. In FERNANDES, André Gonçalves. O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 22.

⁹²⁶ *Ibidem*, pp. 21/26.

⁹²⁷ No específico contexto da atividade judicante, salutar a advertência de VIGO quanto ao perfil do magistrado: “La Comisión sobre el ‘Perfil del Juez’ creada en el seno de la Mesa del Diálogo Argentino alcanzó importantes conclusiones, y entre ellas cabe destacar la puntualización que para ser juez se requieren de cuatro idoneidades:

“O elo entre a vida intencional e a práxis, entre o interior e o exterior, evoca o necessário aperfeiçoamento para que o juiz prudente possa atravessar a trajetória de sua jornada no Estado de Direito, vencendo obstáculos localizados tanto no mundo objetivo, o espaço do processo e das partes, como no mundo subjetivo, o campo das paixões e dos vícios.”

Resplandece claramente, do que se aduziu, a centralidade da ética das virtudes⁹²⁸ – e, considerado o papel de cada uma delas, especialmente o da prudência - para a conformação do justo na formulação das leis e nas deliberações judiciais, sem o que a própria segurança jurídica – a econômico-empresarial inclusive – e toda atividade regulatória seria carente dos hábitos/virtudes que - necessários à atualização das potências operativas do ente racional - o jurista deve encarnar para, tanto quanto possível no âmbito da *práxis*, apreender a verdade nas relações jurídicas (abstrata ou concretamente consideradas) e dispor o justo, a despeito da enorme diversidade das situações que se revelam na contingência concreta do real e das pressões que quase sempre se apresentarão como uma tentação pelo caminho mais fácil (e muitas vezes errado), às quais tanto mais o jurista poderá resistir quanto mais virtuoso for.

Apesar da clareza de que assim é, constata-se que em nossa época essas parecem ser verdades esquecidas ou propositadamente substituídas. LAUAND advertira, com efeito, que nos dias que correm,

“Nós pretendemos não necessitar de uma virtude (toda a profunda antropologia das virtudes cardeais nem sequer está mais em nosso campo de visão...), pois presumimos dispor de recursos técnicos ou científicos que permitam tornar dispensável o âmbito moral, a virtude cardeal da *prudentia*. Mas, não por acaso, ‘cardeal’ vem da palavra latina *cardus*, gonzo, eixo em torno do qual se abre a porta (a porta da realização humana, do *to be*). Abdicar da *prudentia*, a cardeal das cardeais, significa perder o eixo, o gonzo (...)! Abdicar da *prudentia* é abdicar da realidade...”⁹²⁹

la física-sicológica, la técnico-jurídica, la gerencial y la ética. Precisamente ese perfil supone una superación de la mirada tradicional centrada sólo en el conocimiento y las habilidades jurídicas, y remite a un complejo de requerimientos para ejercer la función judicial. Es que en definitiva, a la sociedad lo que le interesa es contar con ‘buenos’ o los ‘mejores’ jueces, y ésta es una definición que excede a lo jurídico e instala la consideración en el campo de la ética profesional o ética aplicada. Responder a esas exigencias supondrá inevitablemente determinar el fin específico o el bien interno por el que cobra sentido y legitimidad social la actividad judicial, averiguar cuáles son los medios adecuados para generar racionalmente ese bien en la sociedad respecto a la cual hablamos e indagar que comportamientos, virtudes o personalidad ética se requiere para alcanzar ese bien interno. Pretender sectorizar o reducir aquella preocupación a algunas de las actividades que cumple el juez, como por ejemplo la interpretación jurídica, es ir contra la realidad humana y siglos de experiencia en ese terreno”. (VIGO, Rodolfo Luis. *Ética judicial e interpretación jurídica; Quaestio Iuris* vol.01, nº 02, Rio de Janeiro, 2005. pp 1-26, pp. 24/25).

⁹²⁸ Diz FERNANDES: “A ética das virtudes é estudada no seio da teoria da ação aristotélica, aprimorada alguns séculos depois por Tomás de Aquino, e se inspira numa certa antropologia filosófica.” (V. FERNANDES, André Gonçalves. *O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes cit.*, p. 33)

⁹²⁹ LAUAND, Luis Jean. *A arte de decidir: a virtude da prudentia cit.*, pp. 322/323.

Em remate - e isto se ressaltou em estudo antes mencionado⁹³⁰ -, se a determinação do justo concreto evidentemente não prescinde da consideração das normas - naturais e humanas, que são “regra e medida dos atos humanos” – e na seguridade da positividade encontra sua causa eficiente, com as normas o direito não se confunde e não se determina e atribui sem submissão desta seguridade à “juridicidade natural”, o que evoca a recorrente tensão entre fato e norma já referida e a discussão sobre o fundamento e o conteúdo do direito.⁹³¹

Por isso bem recorda DIP, com apoio em TEJADA, que para o *iusnaturalismo* clássico o direito não é – como muitos sustentam e, dentre estes, alguns “*iuspositivismos* realistas” de base empirista – o que aprovam os juízes, um factualismo que - rechaçando a questão do fundamento onto-metafísico (que deve informar seu conteúdo) e exaltando o plano da validade/eficácia sobre o do justo/injusto (aliás, o próprio conceito de justiça, segundo algumas concepções *iuspositivistas*, seria ele mesmo inalcançável, enganoso ou ilusório; nas palavras de DIP, a “agnosia do justo”) - reduziria o saber objetivo do justo a uma mera técnica judicial⁹³² sujeita ao arbitrário voluntarismo de uma autoridade formalmente competente, erigindo-se o direito como mero “fato do poder”⁹³³.

⁹³⁰ Novamente nos referimos a “Relações entre ser e dever e algumas consequências sobre a moral e o direito” (SERPENTINO, Daniel, 2021), não publicado.

⁹³¹ “... segundo a doutrina do *iusnaturalismo* clássico, é possível, em variada medida, aferir a juridicidade de todas as normas do direito humano, mediante seu cotejo com a lei natural. Embora o conteúdo plenário da *recta ratio naturalis* demande o complemento da reta razão prudencial, não se pode admitir, sem maltrato do princípio da contradição, que o direito humano se oponha à juridicidade natural, é dizer, ao direito exigido pela *recta ratio*, contradição que também se avistaria se a ideia e a realidade da segurança jurídica se contentassem com a seguridade, sem submetê-la ao superior princípio de que *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*”. (DIP, Ricardo. Segurança jurídica *cit.*, p. 112).

⁹³² “Essa recorrência pode aqui ilustrar-se, de maneira impressiva, com a polémica instaurada na Hispanidade, no século passado, entre Álvaro D’Ors e Francisco Elías de Tejada. (...) A sintética frase com que D’Ors tomou posição nessa pugna tantas vezes secular é fartamente conhecida: “(...) *dónde no pueden intervenir jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como ‘aquello que aprueban los jueces’*” (*Una introducción al estudio del derecho*. 4. ed. Madri: Rialp, 1979, p. 30). Elías de Tejada não poupou palavras: viu na sentença orsiana traços de fenomenologismo (que aponta mesmo chegar às fronteiras do empirismo) e de uma priorização da eficácia (...) Diz Tejada: “(...) *para Álvaro D’Ors, el Derecho solamente puede ser tomado desde el lado positivista de la decisión de los jueces, eliminando cualquier planteamiento metafísico. Para él no hay más Derecho que la decisión de los jueces. No caben razonamientos de lo injusto o de lo justo. El Derecho es sin más mero hecho: la decisión judicial. (...) ‘Derecho es aquello que aprueban los jueces’, excluído todo juicio de valoración ética objetiva, porque la injusticia posible no depende del contenido de la decisión judicial en sí, sino del hecho formal de que sea anulado por otro juez superior*” (*Tratado de filosofía del derecho*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977, tomo II, p. 144). Daí que, nessa visão orsiana, prossegue a demolidora crítica de Tejada, o direito seja apenas “*lo eficaz, lo vigente, sea o no justo*” (p. 144), uma simples técnica judicial: “*la técnica del juicio delante del juez*” (p. 145), reduzindo-se o saber objetivo do justo à mera “*eficácia artística de los prudentes*”. (...) Esse voluntarismo exagerado de D’Ors (...) rematará, ainda mais exacerbado, nas correntes niilistas atuais, incluídas as não de todo conscientes da correlata agnosia do justo”. (V. DIP, Ricardo. Ativismo e Garantismo *cit.*).

⁹³³ “Variadas correntes —e cabe averbar sua imbricação noutros critérios divisórios— firmam a idéia de “direito” na principalidade de um dado fato social: o acontecer histórico (Hegel), a cultura, as forças econômicas (Marx-Engels), a jurisprudência dos Tribunais (John Austin, Kantorowicz), a raça (Gobineau, Chamberlain, Darwin), o

O *iusnaturalismo* clássico, com a sua sempre realista e atual compreensão do fenômeno jurídico, distingue um médio virtuoso e superior, o do juiz equitativo⁹³⁴ que, observante da lei, apenas quando frente a uma situação concreta na qual a aplicação de uma disposição legal resultaria grave injustiça, dela se aparta para preservar a razão de bem comum que inspira a própria norma e – na consideração do fundamento objetivo das ordens moral e jurídica – os princípios *do* e *de* direito que informam o ordenamento ou uma sua parte. Conforme pode extrair-se das lições de DIP:

“Do garantismo –o do decisor que cumpre a lei do soldado: ‘ordens são ordens’ (Radbruch), qualquer seja seu conteúdo– e do ativismo, de quem julga segundo sua própria vontade (e ‘autoridade que se aparta da lei não tem valor de autoridade’ –Cícero), distingue-se um médio superior proposto pela doutrina clássica, tipo confirmado pela experiência de muitos séculos: o do juiz equitativo que, em princípio, observa a lei escrita e a costumeira e delas apenas se afasta quando elas se avessam da lei natural ou quando, por deficiência da norma, não se aplicam justamente ao caso em que se situa o objeto terminativo do direito: a *res iusta*. Trata-se aí do juiz que almeja ser justo e prudente; não do juiz que se tem por boca da lei, nem a do decisor que, ventríloquo, é mera voz do árbitro”.⁹³⁵

Mas se o juiz, portanto, não é mera “boca da lei”, também não se lhe confere um ativismo que – ignorando ou depreciando o valor e a importância do *ius certum* – suplante suas funções e competências constitucionais, tampouco seus deveres éticos, até a degradação da legalidade e do Estado de Direito. Recorde-se, com NALINI, que se o juiz não deve, por um lado, conformar-se com “com o exercício automático e formal de sua função”, mas sentir-se “responsável pelas consequências concretas de sua decisão, mormente quanto à sua compatibilização com o justo”, não lhe é dado, por outro, encarnar “um ativismo político radical

território, a linguagem, a religião etc. ‘Direito’, de conseguinte, para essas diversas correntes é o que deriva de um mero fato histórico ou cultural, econômico, judiciário ou étnico etc., ou seja, é o simples consectário de um fenômeno. Nesse quadro, à evidência, não há possível tarefa cometida à ética: o *derectum* não é mais *rectitude*, é apenas um fato social, sujeitado a quem pode impô-lo. Curiosa emancipação do homem: propôs-se-lhe a ‘liberdade’ em face de princípios morais objetivos —combatendo-se, nomeadamente, a doutrina eclesial— e, depois, para suprir a falta dos princípios, erigiu-se o fato do poder.” (DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 84/85). Ainda, DIP: “Assim, no direito constitucional pós-moderno, posto embora à margem, definida e radicalmente, de toda autoridade externa, é comum a existência de uma panóplia de fortes instrumentos internos para a uniformização compreensiva e aplicativa das normas jurídicas. (...) Consagra-se a poietização do direito – sua ‘instrumentalização’ ou ‘autêntica indústria do direito’ –, veículo de simples exercício de poder.” (*Ibidem*, pp. 146/147)

⁹³⁴ “La doctrina de la equidad supone que los valores son -en sustancia- objetivos, que su orden y realidad son independientes del sujeto que los conoce y que, por otra parte, esos valores son cognoscibles por el hombre. En otras palabras, supone que es posible, aun con imperfecciones, discernir lo justo de lo injusto; que existen criterios objetivos de justicia, cognoscibles por el intelecto y que pueden servir de medida del obrar humano en sociedad.” (MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El juicio de equidad en el derecho argentino. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnosología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 216/217*)

⁹³⁵ DIP, Ricardo. *Ativismo e Garantismo: novos nomes de positivismos antigos cit.*

[que] o levaria a instrumentalizar a função e até mesmo o incitaria à revolução”⁹³⁶, uma manifestação do arbítrio do “fato do poder”.

Supõe-se, assim – na linha do que afirma DIP – uma noção de justiça que “também é, de algum modo, objetiva”, tanto porque a vontade se deve conformar à razão quanto porque a positividade do direito “atrai, sem dúvida, a noção de forma”, não, porém, de uma “forma pura” que se faz substância a partir da só vontade do legislador, tampouco uma não-forma ensejadora da indeterminação de um “decisionismo” incontrolável (que se materializaria apenas como “fato” pela vontade do decisor), mas uma forma que, perseguindo o bem comum, supõe a lei natural e implica normatização positiva (que integra o ordenamento mas não é o direito em si) que funciona, para determinação do justo concreto nas relações jurídicas, como razão/medida do direito e que, legatária do realismo ontológico, permite integrar *ius certum* e *ius aequus*, segurança, previsibilidade e justiça, possibilitando a consecução de todas na concretude dos casos pela guia da virtude da prudência.⁹³⁷

Conforme bem destaca MASSINI CORREAS

*“La deliberación, el intercambio de pareceres y puntos de vista acerca de las consecuencias futuras, tiende a disminuir este carácter aleatorio; una deliberación bien llevada, con rigor y seriedad, considerando la mayor cantidad de variables posibles, conducirá, ‘probablemente’, a consecuencias felices. Pero jamás se logrará esa certeza absoluta en las cosas futuras que ha sido una de las tentaciones del hombre a lo largo de su historia. Ni el dogmatismo legalista, ni el deductivismo judicial, han logrado su intento de eliminar la contingencia del mundo del derecho; lo que corresponde, por lo tanto, es asumirla, con la convicción de que el único camino para reducirla y delimitarla consiste en la correcta deliberación sobre las cosas humanas.”*⁹³⁸

Alcançado este ponto, à guisa de conclusão do tópico concernente à determinação interpretativa do direito, há de se ressaltar que segurança e justiça, para o direito natural clássico, podem e devem integrar-se. Na justiça, enfim, inclui-se a segurança/certeza como

⁹³⁶ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 356). Em sentido, similar, BOEIRA: “As lições antigas e também atuais sobre o juiz-Hércules nos mostra o tipo de compreensão de fundo que sustenta o intento de colocar, à frente da lei e da ordem, o ‘entendimento’ do juiz, que neste cenário novo, ‘neo’, faz as vezes de porta-voz da ordem social inteira, subordinando ao seu poder *sobrenatural* o povo e a lei. O juiz, quando excede suas funções, torna-se portador de uma força descomunal. Corre o risco de beirar à loucura e, em casos extremos, arrogar-se a posição privilegiada de ‘decidir’ em nome de toda a comunidade política, fazendo valer a sua visão ideológica em detrimento da necessária deliberação política, uma etapa prévia indispensável para a legitimidade da lei. (...) O direito, o qual deveria servir por dever e vocação, torna-se um produto de sua vontade soberana, muitas vezes, alimentada por uma sulfúrica e egóica vaidade intelectual, na medida em que incorpora uma função legislativa daquilo que acredita ser o bem comum historicamente situado.” (V. BOEIRA, Marcus Paulo R.. Apresentação. In FERNANDES, André Gonçalves. *O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes*. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 23).

⁹³⁷ DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica cit.*, pp. 23/24 e 68.

⁹³⁸ V. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 71.

pautas necessárias à consecução do bem comum.⁹³⁹ Uma concepção que considera a natureza de cada coisa na ordem de todas as coisas, logo as leis naturais e humanas, é dizer, que é deferente ao direito posto (suposto não seja *corruptio legis*), ao fundamento objetivo de toda atividade prática e a uma noção de experiência que não se reduz ao dado empírico, de modo a permitir – pelo exercício das virtudes e com vistas ao bem comum - integrar equitativamente segurança e justiça, possibilitando a consecução de ambas na realidade dos casos pelo exercício da prudência, pela qual se chega ao termo médio de atuação das virtudes morais, da virtude moral da justiça inclusive, e, logo, da justiça jurídica, tanto no âmbito de formulação da legislação positiva (pois se compreende toda lei como ato da razão ordenado ao bem comum e promulgado por quem tem o cuidado da comunidade) quanto no âmbito judicial, já que em cada caso concreto, na tensão entre fato e norma e à luz dos princípios *do* e *de* direito, a *res iusta* (a coisa justa devida a outrem) deve ser determinada e atribuída – pelo ato decisório e segundo a reta razão – a quem de direito, valendo-se eventualmente o juiz da equidade⁹⁴⁰ ou epiqueia e concorrendo a tanto as virtudes integrantes da prudência - assim a principal delas, a providência (que permite antever as consequências, os contingentes futuros, para ordenar ações presentes em função do fim do agente e do bem comum) - e as auxiliares à prudência, dentre elas (e de modo especial) as potenciais da *synesis* e da *gnome*.⁹⁴¹

⁹³⁹ “Vallet de Goytisolo -en esto concuerda con Michel Villey- sostiene que en el arte jurídico el único ‘valor’ que existe es la justicia. Sucede que la justicia, entendida de manera clásica, incluye, a su manera, la certeza: cuando se dice que “prima la seguridad” por sobre la justicia (v.gr., en instituciones como la prescripción), en realidad prima el bien común, que es exigencia de la justicia general, por sobre alguna relación de justicia particular.” (ORREGO SÁNCHEZ, C. *El pensamiento de Juan Vallet de Goytisolo y la última teoría jurídica analítica angloamericana. Revista de Derecho N° 10 – 2003. U. Católica del Norte- Campus Guayaquán*, p. 134)

⁹⁴⁰ “O direito não é alheio da instância ética, e, suposta a boa intenção do agente, e a retidão do fim e da matéria do ato jurídico, o juiz, ao dizer o direito, deve decidir segundo o ditado prudencial da consciência, último juízo da razão prática. Não há possível juízo jurídico onde não haja consciência judicial. Mas essa consciência judiciária, se é fundamental para o ato de determinação do direito do caso —interpretando norma e fato—, não é fundante desse direito. A consciência moral não é um ato de recriação do bem, ou de objetivação artificial de uma propensão subjetiva. Assim, o papel da consciência judicial não é o de julgar ordinariamente das normas, não é o de assumir a função de legislador positivo. Salvo as hipóteses raras em que uma *legis corruptio* ofenda, manifestamente, a lei natural —p.ex., a que imponha o homicídio de inocentes, a que permita o furto e as fraudes—, o juiz deve decidir segundo as normas postas, ainda que corrigindo seus excessos e deficiências (o que significa, a final, observar a norma objetiva superior), quando o exija a equidade, isto é, a pontualíssima justiça do caso que revela não se moldar efetivamente a lei ao fato levado a juízo. É a própria consciência —juízo específico no silogismo prudencial— quem objeta a satisfação da iniquidade e se inclina à observância da lei.” (V. DIP, Ricardo. *Prudência judicial e consciência*. Conferência. Universidade Católica da Colômbia. Congresso Internacional “*Estado, Ley e Conciencia*”, 2010).

⁹⁴¹ “Sempre se avistaram, contudo, casos extraordinários, casos que refogem do curso normal dos acontecimentos e que, bem por isso, não podem julgar-se segundo as regras comuns. Diz S. TOMÁS não ser possível instituir uma lei jurídica absolutamente universal, de sorte que o legislador considera apenas os dados ordinários, que falham algumas vezes, exigindo-se um juízo excepcional, perspicaz, próprio da virtude da *gnome*, que é outro hábito potencial da prudência, visando à consecução *casual* do que é justo *non secundum legem scripta*, mas segundo aquilo que dita a justa razão e o bem comum. Esse fim singular é próprio da epiqueia, parte subjetiva da justiça, que antes se ajusta ao espírito da lei do que a sua letra. Mas a epiqueia, enquanto hábito que inclina a vontade a cumprir o justo em circunstâncias particulares, e a *gnome*, enquanto julga dos meios de realizá-la, não se dirigem

a afastar-se da regra e medida *universal* do justo, senão que a apartar-se da letra da lei quando, num dado caso *particular*, cumprir essa letra é afrontar-lhe o espírito e os fins exatamente a que ela visa: trata-se aí do que se indicou ser a cláusula *rebus sic stantibus* de cada norma.” (DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós--modernidade? Aquinate, n. 17 (2012), 13-27, pp. 24/25).

CONCLUSÃO:

No presente estudo - considerando a regulação jurídica em geral e a econômico-empresarial em particular e desde uma abrangente perspectiva jurídico-filosófica - investigou-se se é ou não suficiente à consecução de níveis adequados de segurança jurídica a sua redução a um seu atributo - o da previsibilidade -, desvelando-se, durante seu desenvolvimento, supostos filosóficos subjacentes a diferentes visões. Realizadas abordagens descritivas sobre concepções de segurança, interpretação e tomada de decisão, foi possível desvelar métodos e preferências *iusfilosóficas* que lhes estão subjacentes e, a partir da perspectiva da tradição filosófica clássica (de matiz aristotélico-tomista), sustentar prescritivamente como a observância de uma necessária relação entre economia, política, direito e moral na normatização e nas decisões (judiciais e administrativas) pode contribuir para a solução ou diminuição de problemas concernentes à regulação do fenômeno econômico-empresarial, tanto em âmbito nacional quanto transnacional, com vistas à consecução de níveis de genuína segurança jurídica, considerando-se, assim, o bem comum e o bem real humano. Com apoio na profunda síntese filosófica da tradição *iusnaturalista* clássica e em alguns de seus expoentes, pôde-se avaliar as referidas concepções e propor a necessária conformação moral objetivamente fundada da atividade regulatória em geral - e da econômico-empresarial em particular -, prescrevendo-se critérios gerais (ontológicos, objetivos) e caminhos de solução mais adequados para que se atinjam níveis de verdadeira segurança jurídica em harmonia à dignidade humana e com vistas ao bem comum.

Em síntese, são estas as teses extraíveis da pesquisa:

1 - A ordem de toda atividade econômica não pode autojustificar-se, pois supõe um fundamento objetivo e não se deve apartar do bem comum e do bem real do ser humano sem a consideração proporcional ao atendimento ordenado de suas necessidades naturais, as quais não se reduzem aos aspectos animais, senão que devem ordenar-se à sua natureza racional. Porque referentes à atividade livre humana, há conformação das ordens política, jurídica e econômica pela ordem moral, o que permite considerar que, tanto nas questões jurídicas em geral como nas econômico-empresariais em particular, tudo o que concerne ao incremento da capacidade preditiva necessária a um qualificado nível de certeza como previsibilidade - embora integre a dimensão da segurança - de modo algum a esgota.

2 – A consecução da segurança jurídica na regulação das relações econômico-empresariais nacionais e transnacionais, promovendo tanto quanto possível a previsibilidade, a ela não se reduz, devendo harmonizar-se tanto à essência racional do ser humano e ao seu fim quanto ao bem comum exigido pela sã ordenação política. A noção de uma “certeza jurídica” reduzida à previsibilidade/calculabilidade/controlabilidade será sempre insuficiente à consecução da segurança jurídica. Primeiro por - não raramente - revelar uma visão nominalista compatível com a agnosia das essências e, logo, de uma essência da segurança/certeza jurídica (ou, quando menos, uma sua admissão por algum objetivismo débil que, ao cabo, é uma manifestação de subjetivismo), corolário de uma tão propalada quanto falsa “grande divisão” entre os planos do *ser* e do *dever* e de uma cisão entre ciências descritivas/positivas e prescritivas/normativas, fazendo-se, assim, meramente descritiva e redutiva da segurança/certeza jurídica retamente compreendida. Depois, porque a providência (*providentia*) do verdadeiramente prudente faz a previsão de contingentes futuros em vista da ordenação da reta eleição das ações presentes ao fim da natureza do agente (é dizer, a um fim - seu bem real - delimitado por sua forma, por sua essência) e ao bem comum, de modo que a providência do prudente não é apenas solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas os prevê - não para agir, preceituar ou julgar independentemente do bem real humano, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas -, mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (os de normatização, aconselhamento e julgamento, inclusive), de tal modo que a realização da segurança/certeza, mesmo sob o aspecto de sua previsibilidade, não dispensa uma abordagem prescritiva. Porque, ademais, se “não há efetividade jurídica possível à margem da *res iusta*, nem pode ser consistentemente justa uma situação instável”, para a consecução de uma real segurança jurídica a “seguridade da segurança jurídica” (*ius certum*) deve apresentar-se de par com a “juridicidade da segurança jurídica” (*ius aequus*), com o que, imbricando-se ambas, faz-se possível integrar a segurança na justiça em vista do bem comum e do bem real humano. Por fim, porque, ao cabo, a visão de uma segurança e de uma certeza reduzidas à previsibilidade, embora em certa medida útil a uma mais efetiva previsão dos possíveis futuros contingentes, enfatiza a noção de uma absoluta autonomia do querer suposta pela “liberdade negativa” do liberalismo, é dizer, de uma liberdade como fim, sem outro critério que não a própria liberdade, uma noção de liberdade que, já emancipada da verdade e do bem - supondo uma razão prática dissociada de um fundamento genuinamente objetivo - assume primazia sobre a ordem metafísica e ética.

3 - O problema da consecução de níveis de verdadeira segurança jurídica em geral, e por meio da regulação da atividade econômico-empresarial em particular, exige caminhos que não se reduzem aos dados normativos ou empíricos que se possa enfocar para a compreensão de uma “certeza como previsibilidade” - assim entendida como um instrumento para a planificação juridicamente consciente das eleições práticas individuais -, tampouco a uma segurança de critérios (subjetivos) a ser construída argumentativamente, atraindo, imprescindivelmente, a consideração da segurança e da interpretação jurídicas sob uma adequada perspectiva filosófica, é dizer, em atenção ao dado onto-metafísico e à nota distintiva do ser humano, sua racionalidade, ao seu lugar na ordem de todas as coisas e ao que de fato seja seu fim, que é também o seu bem. Segundo, pois, uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica. Em outras palavras, se não se fazem suficientes à segurança jurídica abordagens que maximizem desmedidamente aspectos fático-descritivos em detrimento de elementos tão ou mais importantes que integram a própria noção de segurança, de justiça e de bem comum, tampouco cumprem o desiderato abordagens prescritivas que - olvidando a fundamentação objetiva de todo conhecimento prático e de toda normatividade e, por conseguinte, da jurídica - busquem uma “segurança de critérios” (subjetivos) estruturante e normatizante para propiciar uma melhor previsibilidade/calculabilidade de um ser jurídico contingente e futuro.

4 - Uma genuína ordem econômica (e, logo, uma ordem do mercado) deve encontrar-se moral e metafisicamente subordinada. Uma ordem que, assim, não pode ser o resultado de uma criação voluntarista e autopoietica subordinada à subjetividade de quem defina seu conteúdo ou a intervenções apartadas da natureza das coisas e que, meramente manifestativas de um “fato do poder” ou fruto de voluntarismos quaisquer, submetem a regência da economia a supostas “leis naturais do mercado” ou a leis e decisões insubordinadas à natureza das coisas e de cada coisa, ao bem real humano e ao bem comum. O princípio ordenador de toda ordem deve estar segundo a natureza do que ordena, para que a ordem, mais do que meramente funcional, esteja ontologicamente conformada segundo a natureza das coisas e de cada coisa. A razão de ordem compreende não apenas a excelência das formas, mas as operações e movimentos que encontram na forma do ente princípio e limite para suas operações. A conveniente ordem normativa jurídica (também a da economia e, por extensão, do mercado) há de dispor-se, portanto, conformada por um fundamento objetivo, ontológico, é dizer, segundo a ordem da natureza das coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*), cuja razão de ordem

é participada ao ser humano pelo acesso à lei natural inscrita na natureza das coisas, lei essa que é o fundamento próximo diretivo dos atos humanos (dos quais participam inteligência e vontade). Para mais, devendo dispor-se objetivamente direcionada às exigências do bem comum, que é a pauta da justiça legal ou geral, princípio diretivo da economia, a ordem econômica (e, logo, a ordem jurídica do mercado) deve não apenas fundar-se no princípio próximo de toda normatividade, a lei natural, mas orientar-se pelo fim que é dado por seu primeiro princípio diretivo, a justiça com sua pauta do bem comum.

5 - Nessa ordem objetivamente fundada e potencialmente cognoscível (tanto quanto possível) pela reta razão, observar-se-ão ainda seus princípios gerais próprios tanto na normatização positiva (por conclusão ou determinação) quanto na interpretação jurídica, ambas hipóteses atrativas de critérios de regulação prudencial (política e judicial) que não dispensam, antes largamente consideram os usos, costumes e práticas mercantis. A propriedade privada, a livre iniciativa, a subsidiariedade, a livre concorrência, a autonomia contratual e outros princípios da ordem econômica, refletindo uma ordem objetiva anterior à positivada, informarão a atividade legislativa e judicial em ordem ao fim da justiça e do bem comum, considerando-se a positividade de leis (suposto não sejam *corruptio legis*) regulativas de relações diversas e de variadas espécies de contratos e de convênios privados.

6 - Todo conhecimento – mesmo o prático – tem, em última instância, sua causa e correspondência no objeto/ente inteligido (primazia do *ser*), o que supõe uma ordem do *ser* antes dada para que, a partir dela e condicionada normativamente por ela, uma ordem normativa positiva seja então disposta, o que mais uma vez indica a precedência da ordem metafísica à cognitiva. Que haja uma ordem natural dinâmica que a razão humana capta e apreende, mas não estabelece ou faz, é algo que não se pode, portanto, recusar sem demolir a própria possibilidade do conhecimento. E tal ordem impõe suas exigências ao agir/fazer, também em âmbito jurídico, no qual a linguagem de leis e decisões atua como instrumento prescritivo para que, em atendimento às exigências objetivas e teleológicas do que *é* (e com isto referimo-nos não às manifestações factuais/empíricas de práticas mercantis, a uma ordem meramente fenomenológica ou a uma “politologia” sem fundamentação ontológica, mas especialmente ao que são a natureza humana e o bem comum em sua relação com todas as coisas), disponha positivamente o que *deve ser*, a norma de conduta, nada obstante seja sempre possível, suposta a liberdade humana (também a liberdade de humanos legisladores e juízes), ao atuar como causa segunda, eventualmente dispor, para o âmbito jurídico, tanto leis (*lato sensu* entendidas) quanto decisões contrárias à ordem da natureza e ao bem comum, o que desde logo indicia o papel

central da prudência legislativa e judicial que não pode ceder sua primazia a técnicas de uma *poiesis* criadora do mundo, de uma ordem ideológica ou cientificista - tome ela a forma de lei ou de uma constituição -, mas que se deve valer da técnica para dispor o justo. Assim as coisas, mais facilmente percebe-se que – ao contrário do que sustentam construtivismos político-jurídicos (e muito embora a positividade seja condição da segurança jurídica) - não é o que se convencionou positivamente (para algum fim funcional qualquer) o que cria a genuína ordem do direito, pois toda genuína ordem jurídica positivada deve estar disposta segundo os fins da justiça e, logo, deve estar ontológica e moralmente conformada.

7 - A regulação da ordem econômica e do mercado, mediada por leis que orientam a eleição (pela valoração dos supostos de fato) e por decisões que determinam o justo concreto, somente espelha verdadeira ordem enquanto conformada ontológica e moralmente com a ordem de todas as coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*). Só assim à economia e ao mercado pode-se formalmente dar uma regulação subordinada não a uma ordem extraída da fenomenologia de umas supostas “leis naturais do mercado” ou fruto de voluntarismos construtivistas quaisquer, mas uma ordem jurídica conformada moral e ontologicamente, potencialmente cognoscível em seus princípios, dos quais derivam conclusões e determinações (causa formal), uma ordem aplicada por agentes internos ou externos (causa eficiente) a relações de natureza econômica ou às suas consequências e, em particular, a relações mercantis e suas consequências (causa material), uma ordem que - supostas a propriedade privada e justa liberdade de iniciativa, econômica e de práticas contratuais, usos e costumes - há de balizá-los, contudo, segundo o princípio mais geral, o de justiça, os princípios gerais de direito e os próprios de cada instituto ou ramo jurídicos, segundo a positividade de leis e decisões (sempre deferentes à ordem natural) que, dispondo o justo jurídico abstrata ou concretamente, são guiadas por uma justa hierarquia de bens e orientadas à realização tanto da justiça particular (distributiva e comutativa) como, sobretudo, da justiça geral (cujas pautas são o bem comum). Em consideração, e de modo integrado: à realização da justiça distributiva na produção, alocação de recursos e à regulação da concorrência; à realização da justiça comutativa; e, muito especialmente, à realização da justiça legal ou geral, a quem cabe presidir e orientar as justiças distributiva e comutativa. Uma ordem jurídica da economia e do mercado que deve assim perseguir, sobretudo, a “regulação justa e útil para o bem comum” (causa final), o qual compreende o útil, a técnica, em função do bom, do que decorre uma necessária conformação moral, política e jurídica da economia e das relações mercantis. Uma ordem, portanto, da economia e do mercado (não um mercado livre de

regulação, é dizer, não a escolha política por um mercado entregue à regência de suas próprias leis ou a leis que sejam produto de um mero querer) que supõe uma justa liberdade empresarial jurídica e moralmente conformada por uma justa hierarquia de bens e, ao cabo, assentada sobre as bases do bem comum.

8 – Há de compreender-se a ordem (jurídica) do mercado no âmbito de uma ordem econômica que – integrativa das relações mercantis vivas e também, em certa medida, normativas em seus usos e costumes – deve conformar-se, entretanto, moral e juridicamente por um direito que, não se condicionando por umas conjecturadas “leis naturais do mercado” ou por leis que são mero produto da vontade, mas à lei natural, fundamento objetivo de toda normatividade, deve perseguir o bem comum, fim da ordem política, uma normatização cujos fundamento e fim, conquanto objetivos, não dispensam, senão exigem sempre, *hic et nunc*, escolhas e decisões informadas pela prudência (e por sua parte principal, a previdência) legislativa e judicial e pelo princípio da subsidiariedade.

9 - Uma genuína ordem da economia e do mercado, supondo prudenciais escolhas políticas guiadas por critérios ontologicamente objetivos, há de ser moral e juridicamente regulada com observância da fundamentação objetiva de toda normatividade para assim, tanto quanto possível, promover o bem/fim real do ser humano - com o atendimento integral e ordenado de suas necessidades – e o fim/bem comum da comunidade política.

10 - Se a regulação não pode encontrar, como alguns liberais sustentam, no próprio “mercado” (ou, caso se prefira, em “leis naturais do mercado”) o *locus* fundante de seus critérios últimos, tampouco é da previsibilidade/calculabilidade que se pode extrair, como também se poderia pretender, sua razão de ordem, mas de algo que está para além do mercado e de uma razão meramente calculadora, reclamando sempre um límpido olhar sobre a natureza das coisas e de cada coisa (em especial sobre a essência humana e sobre a justiça geral, com sua pauta do bem comum), realidades ontológicas que impõem suas exigências ao âmbito prático, também para as atividades legislativas e judiciais. Em outras palavras, embora a análise e emprego de técnicas e modalidades regulatórias assumam destacada importância, não é no próprio mercado, tampouco na previsibilidade/calculabilidade, que os marcos regulatórios encontram sua justificação genuinamente racional, sua razão de ordem.

11 - Não é da previsibilidade e da calculabilidade que se extrai a razão da ordem jurídica da economia e do mercado. Previsibilidade e calculabilidade, conquanto importantes, não são o princípio ordenador da (ou o fim último ao qual deve ordenar-se a) ordem jurídica da

economia e do mercado, ordem esta que deve dispor-se, de modo outro, segundo o princípio da justiça, abrangendo uma segurança/certeza jurídica que exige, na medida do possível, a consideração da previsibilidade e calculabilidade, também no âmbito econômico empresarial. Essa é a relação de causalidade a ser observada e que não pode ser deturpada ou invertida para equiparar o que de fato deva ser uma verdadeira “ordem” (jurídico-normativa justa) da economia e do mercado - regida pelo princípio da justiça (em especial pela justiça legal ou geral, cuja pauta é a do bem comum) - a uma qualquer “ordem”, como aquela disposta meramente por um princípio consistente em estar o mercado embasado em comportamentos previsíveis e calculáveis, pois não pode haver verdadeiras justiça e segurança (e uma ordem tanto quanto possível segura e justa) na estabilidade e previsibilidade do injusto, mas apenas se observado o condicionamento ético e metafísico de toda normatividade (e, logo, da jurídica), com vistas à consecução do bem comum e do bem real humano.

12 - A concentração do poder econômico, com uma não rara captura do poder político, é uma realidade recorrente tanto nas economias liberais – perseguida por grupos privados organizados na forma de agentes econômicos (em especial, multinacionais e transnacionais) -, como naquelas socializantes. Uma realidade que debilita uma sã, verdadeira e imprescindível liberdade empresarial, estimuladora de um equilibrado potencial criativo e inovador, e um honesto livre mercado. A sã liberdade econômica e, especificadamente, a sã liberdade empresarial, no mercado e em suas relações não pode prescindir – para que se preserve a própria liberdade de abusos do poder econômico - de uma conformação moral e de uma regulação ordenadora da atividade que constitui seu objeto, consentânea à natureza e fins dessa atividade e com o grau de sua relevância para o interesse geral da comunidade política, compondo-se harmonicamente, tanto quanto possível, a autonomia privada para empreender e a observância das exigências do bem comum, da justiça e do direito, com o que, por um lado, garantir-se-á a justa liberdade econômica e empresarial, promovendo-se um saudável dinamismo econômico, e, por outro, salvaguardar-se-ão importantes e essenciais bens – e também o bem comum - de uma apropriação por agentes econômicos e interesses privados, especialmente quando organizados na forma de transnacionais e movidos pelo só propósito crematístico.

13 - A regulação, supondo uma sã liberdade econômica, deverá atuar para, obstaculizando a concentração do poder econômico, garantir a concorrência na atividade empresarial, a qual não deve estar sujeita à anarquia de uma economia entregue a si mesma e às suas próprias leis, mas exige regras, jurídicas e morais, a reger um saudável dinamismo econômico cuja inspiração não seja meramente convencional, mas derivada da concepção do

homem real, com corpo e alma, pelo que considera suas necessidades materiais de modo integrado e subordinado àquelas de ordem intelectual e espiritual, em atenção a seu fim último, sua felicidade, e ao fim da comunidade política. Nessa perspectiva, há de ser restaurada a noção de uma economia política humanista, concepção em que os responsáveis pelas funções de Estado (governativas, legislativas e judiciais) não são subservientes a interesses privados, mas movem-se para a realização do bem comum e do bem real humano, garantindo uma ordem econômica regida pelo princípio diretivo da justiça, com o que se moraliza/humaniza a prosperidade material e se enfatiza a solidariedade no seio das nações e entre elas. Isso não se pode fazer, claro está, sem a reforma dos costumes e o fomento do crescimento nas virtudes, o que pressupõe um afastar-se da ideia redutiva e materialista conceptiva de um ser humano que, disperso do reto agir segundo as faculdades superiores da alma, busca apenas bens materiais para a satisfação de suas paixões desgovernadas.

14- As finalidades da essência/natureza do ser humano, composto por corpo e alma, inclinam-no a bens diversos (materiais e imateriais) que devem ordenar-se e subordinar-se ao atendimento dos fins dessa mesma natureza, o que, por sua vez, exige uma economia assentada em uma justa hierarquia dos bens e que, compreendida como ciência e arte (técnica) - não se subtraindo ao âmbito moral em que se inserem os atos humanos - é auxiliar para que se alcance o (e, assim, submete-se ao) fim da comunidade política, é dizer, o bem comum que, para tudo, se lhe é imposto como regra. Uma economia que se subordina a uma política e a um direito moralmente conformados, não que subordina a política e o direito a fins e interesses destoantes do bem comum e do bem real humano. Enfim, uma economia cuja natureza é de “economia política humanista”.

15 - À lei natural - e não às proclamadas “leis naturais do mercado” - revestida pelo hábito da *sindérese*, compete - com vistas à proteção e promoção do bem comum e da dignidade humana em suas corretas acepções - o posto de fundamento próximo de toda atividade prática; e o bem comum (em sua correta acepção), que é o fim da comunidade política, consubstancia o critério regulador da regulação.

16 - Para que se promova o bem comum, a observância da conformação virtuosa e prudencial, em especial pelos legisladores e decisores, à lei natural - que é o fundamento próximo e objetivo das ordens moral, política e jurídica -, constitui condição *sine qua non* para um maior grau de segurança e de previsibilidade jurídica e para a moderação da economia.

17 - A atividade regulatória, em especial a legislativa e a decisória, deve desenvolver-se, sem descurar da consideração dos costumes e práticas reais do “mercado”, alicerçada não sobre suas “leis naturais”, mas sobre a lei natural, fundamento objetivo próximo a que toda atividade regulatória deve deferência, e em consideração ao bem comum, fim da comunidade política a que se subordina a ciência e técnica econômicas e que se consubstanciam - lei natural e bem comum - como fundamento e fim objetivos a que deve deferência a atividade regulatória e que a legitimam (ainda que considerada a liberdade ínsita aos atos propriamente humanos que lhes torna sempre possível usar da liberdade contra seu próprio fim/bem e contra o bem comum): um critério regulador da regulação estabelecido não por qualquer construto, não por um mero alinhamento a outras instituições ou por meio de alguma teorizada ontologia social, mas desde alicerces onto-metafísicos, em que se considera, ademais, prudencialmente o contingente - em seus múltiplos aspectos e variações - sem ignorar o universal e a ordem de toda a realidade, seja na atividade regulatória da lei (*lato sensu*) positiva, seja na interpretação e deliberação judiciais, rechaçando-se tanto os voluntarismos regulatórios quanto o formalismo-mecanicista.

18 - A atividade empresarial – nada obstante em geral estruturada segundo o objetivo de lucro, movida pelas livres concorrência e iniciativa e pela autonomia contratual - empregando a técnica para a obtenção do útil, para que seja deferente ao bem comum e ao fim do ser humano, deve submeter-se a uma regulação que se distancie dos riscos de planificação tanto por vieses individualistas quanto por aqueles socializantes, em observância a regras onto-metafisicamente fundadas: uma regulação tanto ética quanto jurídica que não somente não avilte mas promova os fins da comunidade política e do ser humano. Tanto aos dirigentes das empresas, que sob o manto da personalidade jurídica empresarial agem em função de um fim, quanto aos legisladores, administradores públicos e juristas - quer na imposição de um regramento positivo, quer na atuação em (ou na decisão de) conflitos jurídicos surgidos no âmbito econômico-empresarial -, impõe-se a observância da natureza e dos fins do ente racional e do fim da comunidade política.

19 - Somente o reconhecimento de um direito objetivamente fundado - legatário de um realismo ontológico e de uma ética das virtudes - pode emprestar o firme critério finalístico apto a prover uma satisfatória funcionalização da segurança jurídica (e, assim, por parâmetros, critérios [ontológicos, objetivos] e procedimentos finalisticamente ancorados na natureza das coisas e de cada coisa) tendente ao maior grau possível de sua realização.

20 - Apesar de sempre assintóticos - porque enormemente variáveis as circunstâncias concretas e contingentes (históricas, espaciais, culturais, econômicas etc.) em que se inserem as questões morais e jurídicas - os níveis de segurança alcançáveis pela observância do fundamento onto-metafísico de toda atividade regulatória, essa observância consubstancia uma condição *sine qua non* para a consecução de uma tendencial e geral segurança sem a qual, ao cabo, nem mesmo o emprego de um ilimitado número de métodos investigativos, normativos, empíricos, retóricos e argumentativos – seguidos ou antecedidos da obtenção de um largo leque de informações (com o auxílio ou não dos instrumentos do que se denomina hoje “inteligência artificial”) e ainda que intersubjetivamente compartilhados - poderiam prover, anotando-se, para mais, que a tão só possibilidade de prever, ainda que com elevado grau de certeza, alternativas (e mesmo sob uma hipotética ou idealizada estruturação funcional e normativa dos poderes estatais e de processos decisórios que reduzam as alternativas faticamente verificáveis), se não considerado o necessário vínculo entre segurança e fim do ente racional e da comunidade política, pouco agrega à satisfação do verdadeiro anseio por paz e tranquilidade como reflexos de uma real segurança conforme o substancialmente justo.

21 - Tanto a ênfase exagerada em uma previsibilidade (empírico-descritiva), ou de sua própria identificação com a segurança (tomando-se a parte pelo todo), quanto a ênfase em uma controlabilidade por critérios construídos e intersubjetivamente compartilhados – comungando de uma visão cosmológica e científica ou bem de base positivista-empirista ou bem pós-positivista construtivista e/ou procedimentalista, mas sempre supondo a rejeição de um fundamento genuinamente objetivo para toda normatividade -, não permitem possam ser alcançados genuínos níveis de segurança jurídica. A despeito da utilidade parcial que possam ter, tampouco propostas metodológicas que – desprezando a fundamentação objetiva da normatividade jurídica – promovam estudos técnico-práticos para a formulação de indicadores de segurança jurídica, falharão no intuito dessa medição. Similarmente, possam embora incrementar a previsibilidade, teorias que busquem, sem a referida fundamentação onto-metafísica, a análise crítica das condições sob as quais supostamente se justificaria a fundamentação de uma decisão, não permitiriam controlar o arbítrio decisório.

22 - Se um formalismo exacerbado busca, em vão, uma segurança conteudística por critérios formais subjetivos, uma segurança que se reduza ao seu aspecto de previsibilidade (sob o enfoque empírico-descritivo) ou uma “segurança de critérios” meramente convenencionados (a ser construída argumentativamente), porque destituídas de um fundamento onto-metafísico, revelam-se falhas para os fins de prover genuína segurança jurídica, a qual, de par com a

“seguridade da segurança jurídica” (*ius certum*), exige a “juridicidade da segurança jurídica” (*ius aequus*).

23 - Sem ignorar a importância dos “fatos” (mas também sem reduzi-los a uma noção de “fato empírico”) e sem desconsiderar a importância de um caráter prescritivo de critérios ontologicamente fundados na natureza das coisas e de cada coisa em prol de um estado ideal de segurança, certeza e previsibilidade a ser buscado, a perspectiva *iusnaturalista* clássica (marcadamente aristotélico-tomista) – à vista de não ser “consistentemente justa uma situação instável” – busca realizar, tanto quanto possível, o anseio de segurança e certeza no direito, compreendendo, porém, que a segurança jurídica – também nas relações econômico-empresariais - é bem mais do que previsibilidade de um qualquer *ser* jurídico futuro e contingente ou a observância de critérios intersubjetivos para sua melhor previsibilidade/calculabilidade/determinabilidade, abarcando e transcendendo esses aspectos para que a segurança realize-se objetivamente fundada na lei natural conformadora do agir/fazer, que se conhece à luz do intelecto em suas funções teórica e prática (esta última uma extensão da função teórico-reflexiva), e disposta à realização do bem comum e do bem real humano.

24 - Reconhece-se, assim, uma razão prática que supõe um princípio primeiro formal - fazer/agir/perseguir o bem - cuja razão de fim se dá segundo o bem real humano e, no âmbito especificadamente social, político e jurídico, com observância da promoção do bem comum em sua correta acepção: uma lei natural revestida pelo hábito da *sindérese*, hábito dos primeiros princípios da razão prática, os quais, em suas aplicações contingentes reclamam a concreção tanto pela via dedutiva como pela indutiva, não se negligenciando, neste *iter*, os tópicos da tradição (e não se olvide “...que o valor da tradição depende do *ethos* virtuoso”) nem a experiência (note-se: um conceito de experiência que embora se inicie com os dados apreendidos pelos sentidos, a eles não se reduz [não se reduz a uma perspectiva empirista], considerando, ainda, a continuidade da apreensão das essências pela atividade intelectual e um voltar-se novamente ao concreto após a abstração), o que deixa à luz seu estreito laço com a virtude intelectual da prudência (que aperfeiçoa a razão para o agir concreto e impera o bem próprio das virtudes morais, da justiça inclusive) e, logo, com as prudências (também a política, jurídica e econômica) e com a sua (quase) parte integrante principal, a previdência, a qual dispõe racionalmente para a ordenação correta das ações presentes, uma ordenação necessária à “retidão da deliberação, do julgamento e do preceito, sem os quais não pode haver uma ordem reta em relação ao fim”, de modo que tanto o legislador quanto o julgador prudente – também

quando atuam em alguma modalidade de regulação econômico-empresarial - preveem os contingentes futuros para ordenar as ações presentes e, deliberando, agem, preceituam e julgam em vista da consecução da justiça.

25 – Os ofícios legislativo, administrativo e judiciário – porque concernentes ao âmbito prático – se não prescindem da técnica que lhes é inerente, também não podem ignorar o caráter prudencial que se lhes exige: envolvem, assim, um saber técnico-prudencial – regulativo e determinativo da lei positiva ou do justo concreto na contingência e variedade das situações - ínsito a qualquer atividade regulatória legislativa ou decisória e que não se reduz a um cálculo utilitário-consequencialista.

26 – O enfoque utilitarista/individualista/pragmatista que, por várias de suas vertentes, promove a análise econômica do direito, ao apartar-se das verdadeiras concepções de bem, bem comum, felicidade e racionalidade, para mais de prejudicial a uma abordagem que considere o *dever* entranhado no *ser*, desconsidera o próprio *ser*, o dado ontológico – em especial, a natureza do ser humano e seu aperfeiçoamento pelo desenvolvimento das virtudes para que logre seu fim -, e o bem comum, não raramente desordenando a relação entre economia, política e direito e, para além disso, a conformação moral que devem guardar, o que mais uma vez tem por uma das consequências a condução à instrumentalização do político e do jurídico para fins de eficiência economicista e, de conseguinte, à ascensão de formas tecnocráticas de poder. Sob um discurso de neutralidade, pragmatismo e cientificidade positiva/descritiva, escamoteiam-se escolhas normativas políticas e jurídicas voluntaristas movidas por concepções morais que - supondo o liberalismo filosófico, o neoliberalismo econômico, uma “racionalidade” meramente instrumental (a racionalidade como “cálculo”), o eficientismo e o empirismo – revelam-se reducionistas da estrutura geral da realidade, da econômica inclusive. Frequentemente apartadas das faculdades superiores da natureza humana, acabam desvinculadas do bem/fim do ser humano e do bem comum, fim da comunidade política, e atingem, ademais, em sua expansão às universidades e “sistemas de justiça”, o modo de ensinar, compreender, interpretar e determinar o direito, não raramente com significativo impacto nas próprias estruturas institucionais.

27 - Ao ignorar-se a forma substancial inteligível (e que o intelecto de fato é potência para os universais), a sã filosofia do *ser*, a noção de transcendentais (em especial do *ser* enquanto verdadeiro e bom) e a natureza imaterial do ato intelectual, o risco da má formulação de propostas regulatórias – para além dos políticos (*ad. ex.*, formas de controle social

tecnocrático-totalitárias com apoio em aparato tecnologicamente avançado) – reside em transpassar os limites morais dados pela própria estrutura do *ser* em sua ordem, pela natureza humana e por seus fins.

28 - Ao desprezar-se os princípios primeiros que todas as demais ciências devem haurir da metafísica e ao rejeitar-se, assim, o fundamento objetivo a que se deve submeter toda atividade prática (cuja fonte é o *ser*) e uma adequada noção de bem comum, a busca por efetividade, eficiência, controle e segurança (e de uma regulação que proveja segurança) passa a refletir uma cosmovisão que maximiza desmedidamente o poder de previsão, o que se faz em função de uma autodeterminação absoluta e não objetivamente limitada da vontade de indivíduos, povos ou de conjuntos de povos, compondo-se uma ordem (operativa-instrumental-funcional) convencional e arbitrariamente regulamentada e/ou imposta por determinadas causas eficientes (nem sempre claramente percebidas e que controlam movimentos e contradições) segundo parâmetros éticos/morais construídos e reconstruídos artificialmente, postulando, reforçando e funcionalizando/instrumentalizando a doutrina da “liberdade do liberalismo” (continuada e aprofundada pelo personalismo contemporâneo), é dizer, de uma liberdade elevada a bem supremo e fim último e não condicionada ética e metafisicamente, senão apenas convencionalmente.

29 – Neste quadro em que a natureza humana, sua ordem e seus fins são negados ou distorcidos, o poder de previsão é desmedidamente maximizado e perseguido – por vezes incrementado por técnicas de “inteligência artificial” – e usado utilitariamente como fonte de conhecimento necessário a, de um lado, planificar tanto quanto possível as eleições práticas (políticas e jurídicas, inclusive) por autodeterminadas e ilimitadas vontades manifestadas em leis e decisões que supõem noções utilitaristas de felicidade, de bem e de bem comum, e, de outro lado, frequentemente propagar um pseudo-progresso em verdade dirigido pelas mencionadas causas eficientes e não raramente com desprezo dos fins da pessoa humana e dos povos, revelando-se mais uma face de uma postura imanentizada e onto-metafisicamente insubordinada, um falso progresso movido por um gosto acrítico pelas novidades (e em função das potências inferiores da alma), com tintas totalitárias e pendores de uma falsa justiça para uma falsa paz.

30 – O uso das técnicas preditivas (reforçado por instrumentos de “inteligência artificial”) para fins de “sistemas de justiça” – ao avançar desde um enfoque que não se ordena à natureza humana, à sua ordem e a seus fins - não apenas supõe a “liberdade do liberalismo”

como a supera para impor um projeto “positivo” de controle tendencialmente conducente a um totalitarismo tecnocrático cientificista.

31 - A previdência do prudente é aquela que não apenas é solícita em aplicar-se para prever os contingentes futuros, mas que os prevê – não movida por uma razão instrumental e utilitarista, não apenas por interesse próprio ou estratégico, não para plasmar a vida independentemente dos limites da forma/essência/natureza e do bem comum, não para preceituar ou julgar independentemente dos fins reais do homem, de sua natureza e de seu posto na ordem de todas as coisas (ocasiões em que, de prudência, restará só o nome, porque da respectiva virtude já não se trata) – mas para bem ordenar os atos presentes a praticar (incluídos, no caso dos legisladores e juristas, os de normatização, aconselhamento e julgamento) em função do bem real humano, de seu fim e do bem comum, perseguindo-se a realização do justo concreto.

32 – No âmbito político, a mescla dos interesses econômicos (de supercapitalistas ou de grupos de poder que dominam os Estados) com o poder político têm dado lugar à ascensão da ideologia tecnocrática a serviço de modelos totalitários (ou tendentes a uma alta concentração de poder) os quais – de algum modo abertos à atuação do grande capital e buscando incessantemente a produção – valendo-se cada vez mais de sofisticados aparatos de controle tecnológico, comprometem a liberdade dos povos. Um horizonte em que se fundem poder econômico, poder político e tecnocracia. Uma concepção totalizante que – com pendores ou bem utilitaristas ou bem propriamente socialistas - implica o primado materialista do econômico sobre o moral e o político e uma mística de um progresso acrítico e indefinido, a tudo relativizando, instrumentalizando, planificando, automatizando e massificando para melhor calcular, prever e controlar, valendo-se para tanto de uma racionalidade como cálculo, de meios de propaganda e controle de informação e opinião e do sequestro dos poderes de Estado para que funcionem como burocracia tecnocrática. O poder econômico, ao subtrair-se à observância de exigências morais, sequestra o político e o jurídico e, valendo-se da ideologia tecnocrática (com pendores liberais ou coletivistas), coloca-se como fio condutor de toda organização social, comprometendo o bem comum e o bem real humano.

33 - A alternativa ou solução – para mais da conformação do econômico ao moral, ao político e ao jurídico -, passa por desconcentrar e tornar acessível a propriedade e, acresçamos, também porque em falta genuína virtude, desconcentrar poder, seja o das grandes empresas transnacionais, seja o do Estado (com real observância do princípio da subsidiariedade). No

âmbito *moral*, passa pelo respeito ao fundamento objetivo de toda normatização, a lei natural, subordinando-se, portanto, a economia pela moral e pelas necessidades humanas. No âmbito *social*, passa pelo afastar-se de tudo aquilo que massifica o ser humano ao subtraí-lo dos vínculos sociais naturais, o que implica recuperar os vínculos comunitários (a noção de que vivemos em uma sociedade de sociedades: a começar das famílias, passando pelas escolas, universidades, clubes, associações, empresas, bairros, municípios etc.). No âmbito *econômico*, sem descurar de que o caráter intrinsecamente usurário da economia financeira moderna constitui seu problema de primeira ordem (alimentando a própria tecnocracia, difundindo ideologias, sequestrando a educação para seus fins crematísticos, secundarizando as estruturas sociais a ponto de refletir em todo tecido social e em seus corpos intermédios até atingir sua célula básica, a família, impedindo ou dificultando, enfim, de forma generalizada, o desenvolvimento de genuínas virtudes) e que pode e deve ser enfrentado ontologicamente desde suas causas material, formal, eficiente e final (um enfretamento que, todavia, extrapolaria os limites do presente estudo), é possível indicar, considerados seres humanos com espírito de iniciativa e responsabilidade, que a solução passa pela reorientação da economia do produtor ao consumidor, evitando-se a instrumentalização do ser humano não apenas para a produção, mas também para o consumo, e, no específico âmbito da empresa, suposta sempre a moralidade do objeto de sua atividade, por sua “destecnocratização” (o que não significa recusar o bom uso ético e subordinado da técnica, antes o contrário), por um lado corrigindo-se fatores que alimentam a tecnocracia, recusando-se, de conseguinte, o emprego da racionalidade como mero cálculo (uma racionalidade meramente quantitativa), uma operatividade mecanicamente imposta desde centros planejadores, uma organização que desestimula o envolvimento e o senso de responsabilidade, a cooperação e as relações genuinamente humanas, etc., e, por outro lado, conservando-se, na medida do possível e do que possa exigir o bem comum, o sentido pessoal de propriedade e a ligação ou vínculo entre o patrimônio que é a empresa e seu titular ou titulares, a fim de que a empresa não se conceba como simples capital pensado apenas como dinheiro. Na esfera do *econômico-político*, observado o princípio de subsidiariedade, um voltar-se do Estado para a tutela do bem comum, com a ordenação dos interesses particulares de todos, um Poder Político já não sequestrado por interesses de ordem privada. Um Estado que, adstrito à sua função, a de árbitro, estimulador e fomentador do bem comum, cuja atuação não se pauta por outros fins, pode exercer sua autoridade no âmbito *político*, com a normatização/regulação necessária, sempre guiado pela justiça e com respeito ao desenvolvimento dos corpos intermédios que organicamente compõe a estrutura social natural, estimulando sua vitalidade sem absorvê-los ou manipulá-los. No âmbito *jurídico*, compreender-se que não se deve

submeter a ordem da economia a supostas “leis naturais do mercado” ou à mera vontade do Estado (a um voluntarismo qualquer), mas a uma ordenação moral e jurídica deferente à ordem de todas as coisas e de cada coisa (em especial à da natureza/essência do ser humano), fundada na lei natural e ordenada ao bem comum, o que implica considerar, para mais de causas materiais e eficientes, as causas formal e final das coisas e, particularmente, do ser humano e de uma genuína ordem jurídica da economia e do mercado.

34 - Desde a formulação legislativa como ato da reta razão e não de uma arbitrária vontade, até a solução dos conflitos e distribuição do justo pelo aconselhamento e decisões judiciais - igualmente atos antes da razão que conhece o bem, e depois da vontade que elege e impera a solução –, impõe-se considerar elementos de previsibilidade e eficácia (eventualmente com o bom uso – ético – de instrumentos e artefatos, as técnicas de “inteligência artificial” inclusive), o que evidencia aspectos de prudência legislativa e judicial que se pode apontar como preventivos e consequenciais em diversos níveis, algo que se deve realizar, no entanto e sempre, em consideração à noção clássica de pessoa em sua essência/natureza e à luz da necessária conformação da técnica (que é instrumento, não fim em si) e da política ao âmbito da moral, este último o âmbito no qual leis e decisões - atos da razão prática - serão tanto mais retas quanto mais suportadas pelas virtudes éticas e dianoéticas (as jurídicas inclusive) e ordenadas ao bem comum. Uma “justiça” ou “sistemas de justiça” que estejam assentados em distorcidas e/ou equivocadas noções sobre a essência/natureza do ser humano e sobre o bem comum, ou que não observem não caber à técnica substituir o papel da prudência jurídica/política, ou ainda que se reduzam a uma técnica ou que nela encontrem seu fim, não passarão de *corruptio iustitiae*.

35 - Resplandece claramente a centralidade da ética das virtudes – e, considerado o papel de cada uma delas, especialmente o da prudência - para a conformação do justo na formulação das leis e nas deliberações judiciais, sem o que a própria segurança jurídica – a econômico-empresarial inclusive – e toda atividade regulatória e determinativa do direito seria carente dos hábitos/virtudes que - necessários à atualização das potências operativas do ente racional - o jurista deve encarnar para apreender a verdade nas relações jurídicas (abstrata ou concretamente consideradas) e dispor o justo, a despeito da enorme diversidade das situações que se revelam na contingência concreta do real e das pressões que quase sempre se apresentarão como uma tentação pelo caminho mais fácil (e muitas vezes errado), às quais tanto mais o jurista poderá resistir quanto mais virtuoso for.

36 - As atividades regulatórias/decisórias no âmbito econômico-empresarial, inserindo-se no âmbito prático, não se subtraem à apreciação ético/moral, suposto, ainda, seu fundamento objetivo. Disso decorre a marcada importância da escorregada noção de bem comum e da ética das virtudes para a promoção de genuína segurança jurídica nas atividades regulatórias e decisórias, em matéria econômico-empresarial inclusive, e da rejeição de concepções utilitaristas que – tomando a realização plena do ser humano desde o atendimento das partes inferiores e meramente sensíveis - comprometem a realização do verdadeiro fim do ser humano e o bem comum da comunidade política.

37 - Desde um ângulo geral e revelando-se por diferentes facetas - tendências de formalismos *iuspositivistas* e realismos pragmatistas/utilitaristas/consequencialistas empiristas deixam transparecer, na verdade, suas raízes nominalistas e voluntaristas, na medida em que ou bem revelam uma agnose do justo ou bem compreendem que o justo é criado por um ato da vontade do legislador ou do juiz, cujo móvel para a atividade interpretativa – uma vez não reconhecido o fundamento onto-metafísico para toda atividade prática - pode eventualmente ser um sentimento ou uma razão subjetiva ou, ainda, uma mera razão de eficiência econômica ou pragmatista; também tendências *iusfilosóficas* não-positivistas mais modernas são atingidas por consequências e desdobramentos do nominalismo, do voluntarismo e por variados graus de agnosticismo em teoria do conhecimento (em especial quanto ao conhecimento prático), pelo que - negando também o fundamento objetivo onto-metafísico para a moral e para o direito – buscam em vão reduzir o arbítrio decisório por diversificados construtos em moral e justiça.

38 - Se a atividade interpretativa jurídica (que visa a determinar o justo concreto nas relações jurídicas) se dá na tensão entre a norma (e/ou o precedente) e as exigências fáticas e não se reduz (e não se deve reduzir) à mera atividade cognitiva do conteúdo da norma positivada (legislativa ou convencionalmente) ou da vontade do legislador para uma aplicação mecânico-silogística simples (o que se torna especialmente difícil quando as normas – de si já concebidas em molde geral e abstrato para um indeterminado número de casos - crescentemente encerram princípios abstratos cuja concreção pode dar-se de modo diametralmente oposto a depender dos supostos ético-filosóficos [ainda que inconscientes] do intérprete), tampouco se admite (ou se deve admitir) que encarne uma manifestação de voluntarismo decisório (pelo qual o positivismo da vontade do legislador se transfere para um positivismo da vontade do juiz) ou bem pragmatista/utilitarista que se queira justificar já por um ceticismo radical quanto à semântica da linguagem e quanto à objetividade/correção moral de um juízo prático (corolário de uma proclamada divisão entre o mundo dos “valores” e o mundo dos “fatos”, entre *ser* e *dever*), ou

bem por uma nova retórica e uma hermenêutica que – supondo perseguir “respostas corretas” por construtos em moral e justiça - apela a uma razão prática discursiva/argumentativa destituída de um fundamento genuinamente objetivo para em vão tentar emprestar alguma racionalidade à atividade interpretativa e ao processo de tomada de decisão judicial.

39 – Toda atividade decisória - não sendo propriamente científica (não conclui apenas genericamente pelas causas nem se resume à factualidade de dados empíricos) ou a uma técnica (meramente voltada ao útil) –, aplicando-se ao desvelo do justo concreto para sua conseguinte imperação -, não se dá, conquanto esta apreciação seja importante, pela só consideração abstrata da norma (e dos precedentes), exigindo sempre o confronto com os fatos, e é tanto ato da razão prática quanto saber técnico-prudencial, para ela concorrendo a inteligência - que apreende, desvela e determina o justo concreto na hierarquia dos bens e da ordenação legal -, e a vontade – que, quando reta, elege (aqui a nota da liberdade que permite a eventual má escolha) a solução justa. O juiz, ao julgar, pratica um ato que tanto pertence à virtude da justiça quanto à virtude da prudência, determinando e dizendo o direito a fim de prover o justo concreto após a atividade de interpretação, um juízo que se formaliza na decisão judicial. A interpretação deve dar-se, assim, sempre referente aos primeiros princípios da razão prática, aos princípios ético-jurídicos e aos princípios gerais de direito, e tanto à *mens* quanto à *ratio legis* (esta é a causa final que orienta a própria *mens legis* ao fim racional da lei), na tensão entre disposição normativa (que é caminho/medida/razão do justo) e fato, compreendendo um juízo prudencial e se revelando como uma “mediação” - com vistas à atribuição do justo concreto - na qual atuam intelecto e vontade.

40 – Nas questões econômico-empresariais - seja na atividade regulatória da lei (*lato sensu*) positiva, seja na interpretação, deliberação e determinação judiciais -, rechaçando-se tanto os voluntarismos regulatórios (legislativo, público-administrativo e judicial) quanto o formalismo-mecanicista, com vistas ao bem comum e para a consecução da segurança jurídica integrada à justiça, há de guardar-se a necessária orientação ético/moral segundo o fundamento objetivo imposto pela natureza das coisas e de cada coisa, pela essência/natureza racional do ser humano, por seu lugar na ordem de todas as coisas e por seu fim/bem, do que decorre a urgência de uma adequada conformação ético-jurídica das atividades administrativas, legislativas e judiciais no âmbito da regulação econômico-empresarial.

41 – A partir da perspectiva filosófica clássica (de matiz aristotélico-tomista), que não olvida a fundamentação objetiva do conhecimento prático e de toda normatividade, demonstra-

se a insuficiência da previsibilidade para a consecução da segurança jurídica, bem assim como a observância de uma relação necessária entre economia, política, direito e moral - na normatização e nas decisões (judiciais e administrativas) – revela-se condição *sine qua non* à solução ou diminuição de problemas concernentes à regulação do fenômeno econômico-empresarial, tanto em âmbito nacional quanto transnacional, com vistas à consecução de níveis de genuína segurança jurídica, considerando-se, para tanto, o bem real humano e o bem comum. A segurança nas relações jurídicas em geral – e na seara econômico-empresarial em particular, em especial em tempos de *big finance, pharma, tech, data* – de fato não se reduz ao seu atributo de previsibilidade e deve ser também “juridicidade substantiva”, o que supõe a atividade regulatória da lei positiva e decisões judiciais todas moralmente orientadas segundo o fundamento objetivo imposto pela natureza das coisas (*rerum natura*) e de cada coisa (*natura rei*), supostos de cuja exata compreensão depende a observância e promoção – com o auxílio de marcos regulatórios que lhes sejam deferentes - da dignidade humana e do bem comum, fim da ordem política.

42 - É central a importância, na linha da fundamentação teórica oferecida, promover e apoiar-se propostas que - suposto um adequado ângulo de tratamento, é dizer, que considere uma razão prática ontologicamente fundada, uma ética das virtudes e uma adequada concepção de bem comum como finalidade da ordem política e orientadora da econômica – fomentem ou encampem a valorização da ética/moral nas atividades jurídicas em geral consideradas, e, em especial, na regulatória econômico-empresarial, para o que a inclusão de disciplinas universitárias sobre a temática e a sua inserção/reinserção nas escolas de formação das diversas carreiras jurídicas, em especial da magistratura, muito poderiam contribuir.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, J. M. e NALINI, J. R. Raízes filosóficas do pragmatismo econômico. In: JORGE, A. G. L.; ADEODATO, J. M. L. (Org.) ; DEZEM, R. M. M. (Org.). (Org.). *Direito Empresarial: Estrutura e Regulação*. 1ª ed. São Paulo: Uninove, 2018, v. 1, pp. 9-26.

ALEXY, R. *Princípios Formais*, em *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*; org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e outros – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, Tradução e Estudo Introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3ª ed. Ed. Forense – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*; Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALVEAR TELLÉZ, J. *Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar, Estudios Constitucionales, Año 13, Nº 1 359 2015*, pp. 321-37.

_____. *Los problemas contemporáneos del derecho de propiedad a la luz de la ley natural*. In: Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021.

_____. *El mercado moderno: variaciones sobre un problema económico*. *Verbo*, núm. 553-554 (2017), 283-30

AMADEI, Vicente de Abreu. *Interpretação Realista*. In CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019.*

_____. *O Princípio de Subsidiariedade na Ordem Econômica Empresarial e Urbanística*. Publicado originalmente por *Revista Opinião Jurídica*, ed. 3 - 2015. Disponível em: <https://selecaojuridical.jusbrasil.com.br/artigos/417523533/o-principio-de-subsidiariedade-na-ordem-economica-empresarial-e-urbanistica>.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *O Juiz-legislador: consequencialismo e constituição à la carte no Brasil. A democracia e a necessária restauração do equilíbrio entre os poderes da república*. In NALINI, J. R. (coord. com MARTINS, I. G. da Silva. e CHALITA, G.) [et al.] *Consequencialismo no poder judiciário*. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019

AMATO, S. *I giudici e la “loro” giustizia a proposito di decisioni algoritmiche*. *L'Ircocervo*, 21 (2022).

AQUINO, S. Tomás. *Da Verdade. Questões disputadas sobre a verdade. Prêmio e artigo 1*. Tradução de Paulo Faitanin. *AQUINATE*, nº 5, (2007), 312-325.

_____. *Da Justiça*. Tradução: Tiago Tondinelli. Vide Editorial: Campinas, 2012.

_____. *O ente e a essência*. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Apresentação de Francisco Benjamin de Souza Neto. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

_____. Suma Teológica. Coordenação da edição brasileira: Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Edições Loyola (edições dos volumes: 2009-2016).

_____. Suma Contra os Gentios. Tradução de D. Odilão Moura. Campinas: Ecclesiae, 2017.

_____. Comentário à ética e à Política de Aristóteles. Volumes I e II. 1ª ed. – março de 2020. Tradução: Antonio Donato P. Rosa. Associação Centro Hugo de São Vitor.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. – São Paulo: Atlas, 2009.

_____. A Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. – São Paulo, Lafonte, 2012.

_____. Metafísica. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2ª ed., 2012.

AROCHA, Alejandro. *El libertarismo: su teoría del derecho y sus dificultades*. Verbo, núm. 583-584 (2020), 291-339

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. SÃO Paulo, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996. Tradução de Fábio Konder Comparato.

ATIENZA, M. (1987). *Para una razonable definición de “razonable”*. DOXA, No. 4: 189-200.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 117, janeiro/fevereiro/março, 2009.

_____. Teoria da Segurança Jurídica. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. *Indicadores de seguridad jurídica. I Congreso Bienal sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica. Girona, (2013)*

AYUSO, Miguel. (ed.) *Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021.*

AYUSO, Miguel. *La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia. In Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021, pp. 27-49.*

_____. *Estado, Estado de derecho y bien común*. Verbo, núm. 483-484 (2010), 205-216.

_____. *El telón de fondo del transhumanismo. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 15/29.

_____. *Presentación. In Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021.*

_____. *Las aporías de la «autoridad política mundial»*. Verbo, núm. 563-564 (2018), 251-255.

_____. *El desgobierno de los jueces. Revista de Derecho Público - Vol. 81, 2º Sem. 2014, pp. 13-26.*

BALTASAR PÉREZ ARGOS, S. J. *Los cuatro pilares fundamentales del orden social y económico según la doctrina social de la iglesia*. Verbo, núm. 293-294 (1991).

BARRAYCOA, Javier. *El núcleo económico del nuevo orden global. Economía y finanzas globales frente al bien común. La utopía de un orden económico universal*. Verbo, núm. 499-500 (2011), 937-955.

BARREIRO, Ignacio. *La imposición socio-económica de la ideología contraria a la naturaleza del hombre*. Verbo, núm. 531-532 (2015), 119-160, p. 131.

BARROSO, Luís Roberto. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy, em Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*; org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e outros – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

BASTIT, Michel. *La invocación de la normatividad de la naturaleza en el derecho*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 31/37.

BAZÁN L., MADRID R. (1991). *Racionalidad y razonabilidad en el derecho*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, No. 2: 179-188.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prefácio da Edição Espanhola. In Ávila, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021.

BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, J. M. L. (Org.) ; DEZEM, R. M. M. (Org.). (Org.). *Direito Empresarial: Estrutura e Regulação*. 1ed.São Paulo: Uninove, 2018, v. 1, p. 27-46

BOBBIO, Norberto. “*Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*” (1990) [1950], en Norberto Bobbio *Contribución a la teoría del derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), editorial Debate, Madrid, pp. 171-196.

BOEIRA, M. P. R. Apresentação. In FERNANDES, André Gonçalves. *O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes*. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

BOFF, Guilherme. *Verdade e Direito em Georges Kalinowski: a justificação do fundamento semântico do direito*. Ed. Safe; 1ª edição: 2013.

BOFF, Guilherme e FLORES, Alfredo de J. *Verdade prática e ciência jurídica: uma breve reflexão sobre os três níveis do conhecimento jurídico*. *Revista da Faculdade de Direito da FMP* – nº 9, 2014, p. 124-136.

BULYGIN, E. e ALEXY, R. Direito, moralidade e positivismo: o debate entre Roberty Alexy e Eugenio Bulygin. Curitiba: Juruá, 2017.

BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. *Derecho y economía. Necesidad de un retorno a la filosofía del hombre. Verbo. Número 203-204: Serie XXI*, 1982

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito societário e regulação econômica. Barueri, SP: Manole, 2018.

CANALE, Damiano. *Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado. Traducción de Magdalena Ana Rosso*; ISSN 1515-7326, nº 11, Año 2012, pp. 135 a 165.

_____. *El razonamiento jurídico. In En busca de lo implícito: ensayos sobre razonamiento e interpretación del derecho; editor Diego Moreno Cruz ; traducción Pedro Caballero Elbersci [y otros tres]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.*

_____. *En busca de lo implícito: ensayos sobre razonamiento e interpretación del derecho; editor Diego Moreno Cruz ; traducción Pedro Caballero Elbersci [y otros tres]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019*

CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial. Traducción Álvaro Núñez Vaquero. 1ª ed. – Lima: Palestra Editores, 2021.*

CARBALLO FERNÁNDEZ, José Maria. *Empresa y sociedad (Mito, “Praxis” y Poder). Verbo. Número 90: Serie IX*, 1970.

_____. *La economía de la acción pura. Verbo. Número 115-116: Serie XII*, 1973

CARDOSO, Matêus Ramos. A Concepção de Mente em John Searl. *Complexitas - Rev. Fil. Tem.*, Belém, v. 1, n. 2, p. 38-82, jul./dez. 2016.

CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale; Tradução de Silvana Vieira. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *The Nature of the Judicial Process (1921) in M. E. Hall, The Choice of Tycho Brahe. Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo, New York, Fallon Publications, 1947.*

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 5ª ed. – São Paulo: Noeses, 2016.

CASTELLANO, Danilo. *Orden Natural y Economía. In: Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons*, 2021.

_____. *Pluralismo y bien común. Verbo, núm. 357-358 (1997), 729-740.*

_____. *De la comunidad al comunitarismo. Traducción castellana de Miguel Ayuso. Verbo, núm. 465-466 (2008), 489-494.*

_____. *Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados. In AYUSO, Miguel (ed.). ¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 169/179*

_____. *Il personalismo e la negazione della persona. Ponencia en el Congreso Internacional “¿Una Sociedad Despersonalizada? Propuestas Educativas”, de la Universitat Abat Oliba CEU (Barcelona, 13-15 de abril de 2010).*

_____. *Orden Tradicional, Orden Universal y Globalización. Apuntes para una breve introducción al problema. Verbo, núm. 499-500 (2011), 811-816.*

_____. *La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la constitución escrita: ¿Hermenéutica o ejercicio de un poder político? Verbo, núm. 503-504 (2012), 287-306.*

CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre as leis (De Legibus)*. Bruno Amaro Lacerda, Charlene Martins Miotti (tradução, introdução e notas). – Juiz de Fora, MG : Editora UFJF, 2021.

CHIASSONI, P. *Introducción a la edición castellana. Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social. In El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y Métodos del Law & Economics en los EE.UU. Traducción de Félix Morales luna. Palestra Editores. Lima – 2013.*

_____. *Legal interpretation without truth. Journal for constitutional theory and philosophy of law. Revus (2016) 29, 93–118.*

_____. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez e Maribel Narváez Mora. Marcial Pons: Madrid 2011.*

_____. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa. Diritto e questioni pubbliche, XVIII, 2018 / 1 (giugno) | pp. 403-420. Palermo, 2018.*

_____. *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen. Tradução: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello – São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.*

_____. *Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral Con una premisa sobre la "Grundphilosophie". In Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti - El realismo jurídico genovés-Marcial Pons (2011).*

CHIASSONI P. e SPAIC, B (ed.). *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism. Law and Philosophy Library, Volume 135. Springer, 2021.*

COMANDUCCI, Paolo. *La interpretación Jurídica. In Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti (ed.) - El realismo jurídico genovés - Marcial Pons (2011), pp. 51-70.*

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. - 3ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.*

CRITCHLOW, Donald. *Segundas intenções: a cultura da morte e o governo americano. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2019.*

CRUZ, Padre Luiz Carlos Lodi. *A alma do embrião humano: o fundamento ontológico de sua dignidade de pessoa*. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

CRUZ MORATONES, Carles, FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina e FERRER BELTRÁN, Jordi (eds.): *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CUONO, M. *Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neocostitucionalismo*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N. 3: 44-60 (2012-2013).

DE CORTE, Marcel. *Filosofía económica y necesidades del hombre*. (1972). *Fundación Speiro. Número 101-102: Serie XI Número 101-102: Serie XI*.

_____. *Economie et morale. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, N.º. 4, 1977, págs. 425-560.

_____. *Intrinsecamente perverso. Verbo. Número 55: Serie VI*, 1967, págs. 349-358.

_____. *El Estado y el dinamismo de la economía. Verbo. Número 87-88: Serie IX*, 1970, págs. 675-702.

DERISI, O. N. *Filosofia Moderna e Filosofia Tomista*. Tradução Adriel Teixeira (Org. Sidney Silveira). Edições C. I. 1ª Edição. Rio de Janeiro: 2020.

_____. *Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral. 2ª Edição. Instituto “Luis Vives” de Filosofía. Madrid: 1951*.

_____. *Verdad, historia y hermenéutica [en línea]. Sapientia. 1976, 31 (122)*.

DEWEY, John., *Logical Method and Law*, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, pp. 17- 27.

DI MARCO, Rudi. *Sulla crisi dell’ordinamento giuridico e sulla “metamorfosi” della pretesa in diritto*. L’Ircocervo 2017 – Fondazione Gentile Onlus | Autori: Rudi Di Marco Reg. N. 1810 Trib. Padova.

DINIZ, Davi Monteiro. *Complementar as leis existentes contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Clayton 1914*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 75, pp. 155-180, jul./dez. 2019;

_____. *Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 73, pp. 173-204, jul./dez. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. – 27. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIP, Ricardo. *Trabajo humano y naturaleza*. In: *Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021.

_____. *Abc do direito natural*, 1ª ed. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020

_____. *Da ética geral à ética profissional dos registradores prediais*. 4ª edição [eletrônica]. Quinta Editorial: 2008.

_____. *Propedêutica Jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Ed. Millennium. Campinas: 2001

_____. *Prudência Notarial*. Quinta Editorial. São Paulo – SP: 2012

_____. *Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Prudência judicial e consciência. Conferência. Universidade Católica da Colômbia. Congresso Internacional “Estado, Ley e Conciencia”, 2010.

_____. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? *Aquinate*, n. 17 (2012), 13-27.

_____. Ativismo e Garantismo: novos nomes de positivismos antigos. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, ISSN 1137-117X, Nº. 21, 2015, págs. 161-169.

_____. *La naturaleza humana y su relevancia práctica*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o Posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 39/48.

_____. Direitos Humanos e Direito Natural. Palestra proferida para o IEP-Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa, em 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://mmjusblog.wordpress.com/2021/11/11/direitos-humanos-e-direito-natural/>.

_____. O niilismo jurídico pós-moderno. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 12, nº 1, p. 93-112, julho/dezembro – 2012

_____. Registro de Imóveis. Princípios. Editora Primvs, 2017.

_____. Registro de imóveis. Princípios. Tomo II. Editora Primvs, 2018.

_____. Elogio a José Augusto Cesar e a José Pedro Galvão de Sousa. Discurso por ocasião da posse na Academia Paulista de Direito (1995). Disponível em: <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/03/ANA01-075-084.pdf>.

_____. Os direitos humanos e o direito natural. De como o homem *Imago Dei* se tornou *Imago Hominis*. Livraria Resistência Cultural Ed. – São Luís: 2022.

_____. Do quarto de hora brasileiro do saber notarial e registral. In *Alienação Fiduciária de bem imóvel: 20 anos da Lei 9.514/1997: aspectos polêmicos*. Mauro Antônio Rocha, Marcus Vinicius Kikunaga (coord.). – São Paulo: Editorial Lepanto, 2018, pp. 11/17

_____. *La tecnocracia: ideología, praxis y mito*. *Verbo*, núm. 559-560 (2017), 861-868. *Fundación Speiro*.

_____. Sobre a função social do registrador de imóveis. Palestra proferida em Moscou, no XVII Congresso Internacional de Registro Imobiliário. 2004.

D’ORS, ÁLVARO. *Derecho, Política, Organización, Sociología: un ensayo de ubicación sistemática (1977)*. ‘In’ *Ensayos de teoría política*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1979, pp. 13/28.

DWORKIN, R. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *La justicia con toga*. Traducción de Maris Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Ubina Gimeno. Marcial Pons: 2007.

ECHAVARRÍA, Martín F. A práxis da Psicologia e seus níveis epistemológicos segundo Santo Tomás de Aquino. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021

FERNANDES, André Gonçalves. O Bom Juiz: a teoria da ética judicial das virtudes. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

_____. Viagem ao centro do homem. Antropologia fundamental para a excelência humana. Campinas: Vide Editorial.

FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina e FERRER BELTRÁN, Jordi. *Proyeto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica*. In Cruz Moratones, Carles, Fernández Blanco, Carolina e Ferrer Beltrán, Jordi (eds.): *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 243/283.

FERNS, Antonio Segura. *Una lectura metafísica de la encíclica 'sollicitudo rei socialis'*. *Verbo*. Número 265-266: Serie XXVII (1988), págs. 599-630.

_____. *Doctrina social católica y realidad económica: ¿Una economía católica?* *Verbo*. *Verbo*, núm. 371-372 (1999), 79-126.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O Cognitivismo e Não-Cognitivismo Moral e sua Influência na Formação do Pensamento Jurídico*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. *Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade?* *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro; e outros: *Dicionário de Política* - São Paulo: T. A. QUEIROZ, 1998.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. Ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo – 1977.

_____. *Iniciação à teoria do Estado*. 2 ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1976.

_____. *Política e teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1957.

_____. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Poder, Estado y Constitución. Hacia un derecho político realista. Prudentia iuris*. Marcial Pons, Madrid: 2019.

_____. *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*. In *Direito e Política - Obras reunidas, Volume I*, 1ª edição – agosto de 2020 – Editora Magnificat.

GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*, vol. 1 e 2. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 2013.

GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). – 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. revista e atualizada. – Malheiros Editores, São Paulo: 2010.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law. (1909, 1921), selected pages from W.W. Fisher, M.J. Horwitz, T.A. Reed (edited by), American Legal Realism, New York-Oxford, Oxford University Press, 1993.*

GUASTINI, Riccardo. *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional. Traducción: Diego Dei Vecchi. Palestra Editores – Lima: 2018.*

_____. *Ensayos Escépticos sobre la Interpretación. Traducción de César E. Moreno More. Ed. Zela. Puno, 2018.*

_____. *Filosofía del diritto positivo: lezioni. A cura di Vito Velluzzi. G. Giappichelli Editore. Torino, 2017.*

_____. Prefácio da Edição em Inglês. In Ávila, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. – 6ª. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. “Alf Ross, Maestro di Giuspositivismo”, in Ross, Alf. *Critica della Cosiddetta Conoscenza Pratica. E nel contempo prolegomeni a una critica della scienza giuridica. Traduzione dal tedesco in italiano di Gianfranco Giadrossi. Mimesis/Law Without Law. N. 36.*

GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3

HAACK, Susan. Filosofia das Lógicas; Tradução Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. – São Paulo: Editora UNESP, 2002, pp. 289/314.

_____. *The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists, Washington University Law Review*, vol. 95, 2018, pp. 1049-82.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 3ª triagem, 2018.

HERVADA, J. O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito; tradução Sandra Marta Dolinsky. - São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006.

_____. Lições propedêuticas de filosofia do direito. Tradução: Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica: Gilberto Callado de Oliveira. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HOLMES JR., O. W. “O Caminho do Direito”, em “Os Grandes Pensadores do Direito”, Clarence Morris (org.). Martins Fontes. São Paulo – 2002.

_____. *In re Municipal Suffrage to Women, 160 Mass. 586, 594 (1894). A. Lief (edited by), Representative Opinions of Mr. Justice Holmes, Westport, Greenwood Press, 1971 (first edition: New York, The Vanguard Press, 1931)*

HUME, D. Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Déborah Danowski. 2ª edição revista e ampliada. Editora Unesp, 2009.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Tradução feita por Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Malheiros Editores. Nova Série — Ano XLVI - n. 145 - janeiro-março de 2007.

_____. *Un diritto incalcolabile. In Un diritto incalcolabile. G. Giappichelli Editore – Torino: 2016.*

IZQUIERDO, Pedro José. *La financiación como problema sociológico. In: In: Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons, 2021, pp. 175-195.*

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Sobre el derecho de obligaciones y contratos en Juan Vallet de Goytisolo. Verbo, núm. 523-524 (2014), 187-220.*

JOÃO PAULO II. Carta encíclica *Centesimus Annus*. Disponível em https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

JORGE, A. G. L.; BENACCHIO, Marcelo. A responsabilidade das empresas financeiras transnacionais na concessão de crédito a empresas com atividades violadoras dos direitos humanos. In: André Guilherme Lemos Jorge; Guilherme Amorim Campos da Silva; Renata Mota Maciel. (Org.). DIREITO EMPRESARIAL: Estruturas e Regulação - Volume 3. 1ed.São Paulo: UNINOVE, 2020, v. 3, p. 69-88.

KALINOWSKI, G. *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducida por Juan A. Casaubon. Editorial Universitaria de Buenos Aires.*

KELLNER, Alexander Leonard Martins. Introdução ao Acórdão Nº. 2.121/2017, In Dantas, Bruno e Guerra, Sérgio. Direito da Infraestrutura: regulação e controle do TCU. – Belo Horizonte: Fórum, 2021.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMAS, F. A.. *La estructura del orden moral: una introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista, Prudentia Iuris, 79, 2015.*

_____. *La ética o ciencia del orden moral: una introducción a la lectura de la ética nicomaquea. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”. Buneos Aires: 1999.*

LANGDEEL, C. C. *The Northern Securities Case and the Sherman Anti-trust Act, Harvard Law Review, XVI, n. 8 (1903): 539–54*

LAUAND, Luis Jean. A arte de decidir: a virtude da *prudentia*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In *Direito e economia: diálogos*. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

LEÃO XIII. *RERUM NOVARUM*. (1891). *Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana*.

LLEWELLYN, Karl N.. *A Note on Precedent, selected pages from Legal Tradition and Social Science Method. A Realist's Critique (1931)*, in *Karl N. Llewellyn, Jurisprudence. Realism in Theory and Practice, Chicago & London, Chicago University Press, (pp.77- 100)*.

LIFANTE VIDAL, Isabel. *Seguridad jurídica y previsibilidad*. In *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36 (2013).

_____. *La relevancia de la previsibilidad jurídica. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro*. In *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017)*.

LÓPEZ DE OÑATE, Flávio. *La certeza del derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin*. – Granada: Editorial Comares S. L., 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUTHER, Jörg. *Razonabilidad y dignidad humana*. *ReDCE*, No. 7: 295-326. (2007).

LUZZATI, Claudio: *La política de la legalidad, Marcial Pons, Madrid, 2013*.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 225/248.

MANERO, J. R.. “*Rule of law y Podenración. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de sua teoría estándar*”.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. *Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial*. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan./ jun. 2021.

MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*. Tradução Claudia Berlinder. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MARTÍNEZ BARRERA, Jorge. *A política em Aristóteles e Santo Tomás*. Tradução e prefácio: Carlos Nougé. – Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2018.

MASSINI CORREAS, C. I. *Notas sobre hermenéutica, historia y verdad: consideraciones críticas a partir de las ideas de O.N. Derisi [en línea]. Sapientia.* 2004, 59 (215).

_____. *Cuestión acerca de la virtud de justicia y la verdad jurídica. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.*

_____. *Necesidad y significado, para el jurista, del estudio de la filosofía del derecho. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006*

_____. *El juicio de equidad en el derecho argentino. In La prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.*

MATOS, Luís Salgado. “Segurança”. *Dicionário de Filosofia Moral e Política* (2012), 1.ª série, coord. António Marques e Diogo Pires Aurélio. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova.

MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. *Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 187-244 | jul./dez. 2016*

_____. Bases teóricas da interpretação constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020.*

_____. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. *Repro. vol. 255. Maio de 2016.*

MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, A. B. O consequencialismo jurídico no Direito econômico. In: André Guilherme Lemos Jorge; Guilherme Amorim Campos da Silva; Renata Mota Maciel. (Org.). *Direito Empresarial: Estruturas e regulação. 1ed.*São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2020, v. 3, p. 203-220.

MIGUEL. Javier de. *Trampas del capitalismo liberal. Un intento de refutación cristiana.* Verbo, núm. 525-526 (2014), 419-464, pp. 463/464.

MORENO CRUZ, Diego. *Estudio introductorio. Consecuencias jurídicas esperadas y toma de decisiones prudentes. In GOMETZ, Gianmarco, La certeza jurídica como previsibilidad. Traducción de Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Marcial Pons, Madrid, 2012.*

MORESO, J.J. 2009. *La Constitución. Modelo para armar, Marcial Pons, Madrid:* pp. 101-110.

NALINI, J. R., MARTINS, I. G. da Silva. e CHALITA, G. (coord.) [et al.] *Consequencialismo no poder judiciário. – Indaiatuba, SP: Editora. Foco, 2019.*

NALINI, J. R. *Ética Geral e Profissional. – 13ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.*

_____. *A rebelião da toga. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.*

_____. *Fomentar novas vocações. Prefácio. In DIP, Ricardo. Segurança Jurídica e Crise Pós Moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2012.*

NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica. In Aquino, S. Tomás, Suma Teológica, Vol. 1 – São Paulo: Edições Loyola, 2016.

_____. Vocabulário da Suma Teológica. In Aquino, S. Tomás, Suma Teológica, Vol. 1 – São Paulo: Edições Loyola, 2016.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Tradução: Elza Maria Gasparotto – 1ª ed. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Sin Precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 127-156.

OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. A Justiça. Introdução. In AQUINO, S. Tomás. Suma Teológica, 3ª edição: janeiro de 2014, Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2005.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del Derecho Justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad nacional autónoma de México, 2005.

_____. *El pensamiento de Juan Vallet de Goytisolo y la última teoría jurídica analítica angloamericana*. Revista de Derecho N° 10 – 2003. U. Católica del Norte- Campus Guayacán.

PARREIRA, L.; BENACCHIO, Marcelo. Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. Prisma Jurídico, v. 11, p. 179-206, 2012.

PEDROSO, Rodrigo Rodrigues. A divisão dos regimes políticos em Aristóteles. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-11042016-123603/>.

PENERANDA, Adrien. *Economía productiva y economía de servicios*. In: Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021.

PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação; [Prefácio Fábio Ulhôa Coelho; tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira]. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução de Verginia K. Pupi. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1991.

PETERSEN, M. *Derecho natural e ideologías de la economía (II)*. *El derecho natural clásico y la teoría económica marxista. Una crítica a la propuesta de Alasdair MacIntyre*. In: Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021.

PIEPER, Josef. Virtudes fundamentais. Tradução de Narino e Silva e Beckert da Assumpção. Lisboa: Editorial Aster, 1960.

PIETTRE, André. *Las tres edades de la economía*, Madrid: Rialp, 1962.

PIO XI. *QUADRAGESIMO ANNO*. (1931). *Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana*.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In *Direito e economia: diálogos*. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019

POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. Afinal, o que o pragmatismo *tem* a oferecer ao direito? In *Para além do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019

_____. *The Role of the Law Schools in the Recovery from the Current Depression*. *The Atlantic*. 11 jul. 2009.

_____. *How I Became a Keynesian*. *The New Republic*. September 23, 2009.

RAMÍREZ, Santiago. *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común*. Madrid: Euramerica, 1956.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* – São Paulo: Sariava, 2010.

RAWLS, J. “*Justicia como equidad*”, publicada en la *Revista Española de Control Externo*, Año 2003, Vol. 5, Número 13, pp. 129- 158;

REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. *Filosofia Idade Moderna*, volumes 1 e 2. Tradução: José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2017.

ROSA, Antonio Donato P. *O código da Educação: Uma história verdadeira*. 1ª ed. – Florianópolis: Editora Pie Pellicane, 2022.

_____. *A Educação segundo a Filosofia Perene. Síntese sobre a Educação Humana*. Ed. cristianismo.org. Disponível em: <http://www.cristianismo.org.br/efp1-1.htm>

_____. *O que é a vida. Introdução a conceitos filosóficos e metafísicos fundamentais* [não publicado].

ROSS, Alf. *CRITICA DELLA COSIDDETTA CONOSCENZA PRATICA. E nel contempo prolegomeni a una critica della scienza giuridica. Traduzione dal tedesco in italiano di Gianfranco Giadrossi. MIMESIS/LAW WITHOUT LAW. N. 36.*

SACHERI, Carlos Alberto. *A Ordem Natural*, 1ª Edição, dez 2014, Edições Cristo Rei.

SANAHUJA, Juan Claudio. *Cultura da Morte: o grande desafio da Igreja*. Tradução de Lyège Carvalho – São Paulo, SP: Katechesis, 2014;

_____. *Pode Global e Religião Universal II*. (2ª edição - aumentada). Tradução de Carlos Nougué. – São Paulo, SP: Kathechesis, 2017.

SANGUINETI, Juan José. *Filosofía de la mente. Un enfoque ontológico y antropológico*. Ed. Palabra, Madrid 2007.

SARDO, Alessio. *Due voci del Costituzionalismo*. Marcial Pons, 2018.

SEARLE, J. R.. *Mentes, cérebros e programas*. Tradução: Cléa Regina de Oliveira Ribeiro. *Revista Reflexões, FORTALEZA-CE - Ano 10, Nº 18 – Janeiro a Junho de 2021 ISSN 2238-6408*, pp. 280-303.

SEGOVIA, Juan Fernando. *La economía católica antes de la doctrina social de la Iglesia*. In Ayuso, M. (ed.) *Derecho natural y economía*. Marcial Pons, 2021, pp. 17-26, pp. 81/111

_____. *La Progresiva Destrucción de la naturaleza y la naturaleza humana: Sobre el transhumanismo y el posthumanismo*. In AYUSO, Miguel (ed.). *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons, Madrid: 2019, pp. 49/81.

_____. *El personalismo, de la modernidad a la posmodernidad. Individualismo y reflexividad*. Verbo, núm. 463-464 (2008), 313-337.

_____. *¿Una nueva doctrina social de la Iglesia para un nuevo orden mundial? Un examen de 'Caritas in veritate' de S. S. Benedicto XVI*. Verbo, núm. 499-500 (2011), 763-810.

SCHONFELD, Leonardo Augusto, *Ley Natural. La lógica y la antropología como su fundamento*. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre*, v. 15, n. 1, p. 178-190.

SERPENTINO, Daniel. *Relações entre “ser e “dever” e algumas consequências sobre a moral e o direito*. 2021. Tese de mestrado não publicada. Universidade de Gênova.

SIBLEY, W. M. *The Rational versus the Reasonable*. *The Philosophical Review*, Vol. 62, No. 4: 554-560.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e Inteligência Artificial: da possibilidade filosófica de Agentes Morais Artificiais* - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem: Exegese do declínio espiritual do Ocidente*. 1ª Ed. Edições C.I. Rio de Janeiro: 2018.

SINIBALDI, T. *Elementos de Philosophia*. Quinta Edição, 1927.

SPRING, Joel. *Como as corporações globais querem usar as escolas para moldar o homem para o mercado*. Tradução de Ana Júlia Galvan – Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

SOLER, José Juanola. *La naturaliza de las cosas y la determinación del derecho*. Verbo, núm. 349-350 (1996), 1069-1108.

SOUZA NETO, Francisco Benjamin de. *O opúsculo de ente et essentia: uma breve introdução*. In Aquino, Tomás. *O ente e a essência*. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Apresentação de Francisco Benjamin de Souza Neto. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira, em Alexy, R. 2017. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4ª Ed. – Rio de Janeiro, pp. 1/17).

TURCO, Giovanni. *Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti. Ontologia ed etica della dignità umana*. *Derecho Público Iberoamericano*. Nº 7, pp. 13-59 [2015].

TURING, A. *Computing Machinery and Intelligence*. *Mind*, v. 59, n. 236, October 1950.

TUZET, G. *L'analisi economica come argomentazione giuridica*. *Teoria Jurídica Contemporânea*. 3:2, julho-dezembro 2018 PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 97-122.

ULLATE, José Antonio. *Reflexiones preliminares sobre el catolicismo y el liberalismo ante la economía*. Verbo, núm. 487-488 (2010), 877-888.

VALENZUELA, Tomás Aróstica. *Transhumanismo y posthumanismo: Un análisis a la luz de la dignidad humana desde el pensamiento de Tomás de Aquino*. *Revista Akadèmeia* Vol. 20, Núm. 2 (2021): Noviembre – Diciembre.

VALLET DE GOYTSOLO, Juan Bms.. *Manuales de Metodología Jurídica. Metodología de las leyes. Editoriales de derecho reunidas, S.A. Madrid*.

_____. *Manuales de Metodología Jurídica. III. De la determinación del derecho*. Madrid: Fundación cultural de notariado, 2004.

_____. *Principios básicos de la interpretación en el derecho civil catalán*. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, ISSN 1137-117X, Nº. 1, 1995, págs. 111-122, p. 118.

_____. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus Ediciones S. A., Madrid: 1968.

- _____. *El derecho como ciencia moral, y como moderador de la política y de la economía. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, ISSN 0210-4121, N° 76, 1999, págs. 543-578.
- _____. *Justicia moral e justicia jurídica*. Verbo, núm. 443-444 (2006), 161-193.
- _____. *La justicia jurídica y sus clases*. Verbo, núm. 445-446 (2006), 431-445.
- _____. *El derecho en Santo Tomás de Aquino, p. 569*. Verbo, núm. 427-428 (2004), 561-571.
- _____. *El orden universal y su reflejo en el derecho*. Verbo, núm. 449-450 (2006), 695-714.
- _____. *Concreción de los principios ético-naturales em principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica. Fundación Speiro. Revista Verbo Reuniones*. 1997. Número 351-352: Serie XXXVI.
- _____. *¿Los denominados «derechos fundamentales», son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con consecuencias jurídicas*. Revista Verbo. 2006 Número 441-442: Serie XLIV Número 441-442: Serie XLIV.
- _____. *La función del notariado y la seguridad jurídica. Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 67, México, 1977.
- _____. *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?». Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 54, N° 2, 2001, págs. 519-546.
- _____. *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”. Introducción a su estudio. Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 34, N° 4, 1981, págs. 825-902
- _____. *Derecho y verdad*. Verbo, núm. 347-348 (1996), 709-730, pp. 712/713.
- _____. *Definición e interpretación del derecho según Michel Villey. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, N°. 25, 1991, págs. 211-238).
- _____. *Capitalismo – Socialismo – tecnocracia*. Verbo. Número 101-102: Serie XI, 1972.
- _____. *El plurisignificado de la palabra ‘liberal’ y la cuádruple vertiente de lo termino ‘liberalismo’. A propósito del libro de Von Misses ‘El liberalismo’. Verbo. Número 167: Serie XVII, 1978.*
- _____. *Tecnocracia, totalitarismo y masificación*. Verbo, Número 207-208: Serie XXI, 1982.
- _____. *La enciclica “centesimus annus” en la tradición de la doctrina social de la iglesia proyectada a cosas nuevas*. Verbo. Verbo, núm. 297-298 (1991).

VAN ACKER, L. *Introdução à Filosofia Lógica*. São Paulo: Livraria Acadêmica. 1932

VEIGA, Bernardo. *A ética das virtudes segundo Tomás de Aquino*. 1ª Edição – fevereiro de 2017 – Cedet/Ecclesiae.

_____. *A prudência na filosofia de Tomás de Aquino*. Aquinate, n. 27 (2015), 74-80.

VIGO, Rodolfo Luis. *Ética judicial e interpretação jurídica; Quaestio Iuris* vol.01, n° 02, Rio de Janeiro, 2005. pp 1-26.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner, 2ª ed. - São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

_____. *O direito e os direitos humanos*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo: 2007

WEAVER, Richard. M. *As ideias têm consequências*. Tradução de Guilherme Araújo Ferreira. É Realizações Editora, São Paulo: 2012.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WERNER, Augusto Trujillo. *La ley de Hume. La cuestión abierta de Moore y el intelecto humano de Aquino. Claridades. Revista de Filosofía* 10 (2018), pp. 73-92.

WIDOW ANTONCICH, Juan Antonio. *La ética económica y la usura. Anales de la Fundación Elías de Tejada (Madrid)*, n. 10 (2004), pp. 15/45.

_____. *Las ideologías vistas por Vallet. Verbo*, núm. 497-498 (2011), 701-730.

_____. *Nociones básicas de economía. Verbo*, núm. 583-584 (2020), 213-226

WIDOW, J. L. *Derecho natural e ideologías de la economía (I). La teoría económica marginalista como ideología de la economía. In: Ayuso, M. (ed.) Derecho natural y economía. Marcial Pons*, 2021, pp. 51/66.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]. - 3.ed. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

ZORZETTO, S. *Reasonableness. Italian Law Journal (2015) 1: 108-139*.