

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Luiz Felipe Rossini

Poder Judiciário e Consequencialismo: o caminho para o
capitalismo constitucional

São Paulo

2024

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Luiz Felipe Rossini

Poder Judiciário e Consequencialismo: o caminho para o
capitalismo constitucional

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho para banca de defesa como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.
Orientador: Dr. João Maurício Adeodato.

São Paulo

2024

Rossini, Luiz Felipe.

Poder judiciário e consequencialismo: o caminho para o capitalismo constitucional. / Luiz Felipe Rossini. 2024.

229 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. João Maurício Adeodato.

1. Consequencialismo.
2. Direitos fundamentais.
3. Precedentes.
4. Ativismo judicial.
5. Globalização.

I. Adeodato, João Maurício. II. Título.

CDU 34

LUIZ FELIPE ROSSINI

**PODER JUDICIÁRIO E CONSEQUENCIALISMO: O CAMINHO PARA O
CAPITALISMO CONSTITUCIONAL**

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, 21 de agosto de 2024.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. João Maurício Adeodato
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Renata Mota Maciel
Examinadora Interna UNINOVE



Prof. Dr. José Renato Nalini
Examinador Interno UNINOVE

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima
Examinador Externo
UFPE

Profa. Dra. Monica Sette-Lopes
Examinadora Externa
UFMG

À minha esposa, Adriana, e meu filho, Lucas, pelo apoio incondicional, e por todo incentivo e sacrifício em todos esses anos, em especial pelos finais de semana, feriados e noites em que me dediquei a este trabalho. Essa vitória também é de vocês.

À memória de meu pai, Odair, e de minha mãe, Fátima, que partiu na reta final desta etapa que tanto lhe enchia de orgulho.

AGRADECIMENTOS

Percorrido este longo caminho, é chegada a hora de agradecer aos que me guiaram e àqueles que estiveram ao meu lado no percurso.

Nada seria possível sem o querido professor e orientador João Maurício Adeodato, a quem agradeço por toda a orientação, conselhos e ensinamentos que levarei para vida. Algumas pessoas têm um certo receio em conhecer seus ídolos, mantendo-o em um patamar inatingível, para não conhecer o lado humano e quebrar o encanto. Eu hoje posso dizer que meu ídolo se transformou em um verdadeiro amigo, por quem tenho uma gratidão e um carinho inestimáveis, pelo professor e pelo ser humano que conheci nesses 3 anos, e o encanto somente aumentou. Estas breves linhas não comportam o meu apreço pela sua orientação, com todo o carinho e sapiência que lhe são característicos.

Meus sinceros agradecimentos aos professores Renata Mota Maciel e José Renato Nalini pelas aulas ministradas, bem como pela participação ativa na minha banca de qualificação, precedida da leitura atenta do trabalho até então realizado. Suas pertinentes críticas e observações muito acrescentaram à presente versão.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Universidade Nove de Julho, que em 2016 me permitiu realizar um primeiro sonho, de ingressar em um programa de Mestrado, poucos meses depois me permitiu realizar um segundo sonho, ainda maior, de ingressar na docência e contribuir na formação de centenas de alunos todos os semestres desde então, e agora me permite a realização de um terceiro sonho, de cursar um programa de doutorado.

A todos, o meu muito obrigado.

“Perante uma Constituição do tipo dirigente, ao judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. (...) A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial.” (Nalini, 2006, p. 53).

RESUMO

A presente tese de doutorado investiga a proteção dos direitos fundamentais, sem prejuízo das bases do sistema capitalista, através da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário, com foco na valorização dos precedentes judiciais, e na adoção do consequencialismo como elemento a guiar as decisões proferidas pelos diversos órgãos que integram o judiciário. O tema adquire extrema relevância em um cenário de globalização, com as grandes empresas transnacionais assumindo o protagonismo das relações sociais e econômicas em todo o mundo, em especial nos países de desenvolvimento tardio, como o Brasil. Nesse contexto, a pesquisa examina a evolução histórica e as diferentes teorias que tentaram, sem sucesso, encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse dos agentes de mercado no capitalismo e os direitos fundamentais de cada indivíduo, destacando as tentativas jusnaturalistas, juspositivistas, o papel do humanismo e as diversas acepções do termo, além do utilitarismo e do fracasso da tentativa socialista. São examinados institutos jurídicos nos sistemas da common law e da civil law, e a tendência de aproximação entre ambos, o papel dos precedentes em cada um deles, para aprofundarmos no que se baseia o nosso sistema jurídico no Brasil da atualidade. Por fim, a pesquisa propõe recomendações e reflexões para a adoção do modelo proposto, e contrapesos para impedir a arbitrariedade e o ativismo judicial, sempre com vistas à previsibilidade das decisões, e a segurança na proteção do que há de mais importante para o indivíduo: a sua dignidade.

Palavras-chaves: Consequencialismo - Direitos Fundamentais – Precedentes – Ativismo Judicial – Globalização.

ABSTRACT

This doctoral thesis investigates the protection of fundamental rights, without prejudice to the bases of the capitalist system, through the activity carried out by the Judiciary, focusing on the appreciation of judicial precedents, and the adoption of consequentialism as an element to guide the decisions made by the various bodies that make up the judiciary. The theme acquires extreme relevance in a globalization scenario, with large transnational companies assuming the leading role in social and economic relations around the world, especially in late developing countries, such as Brazil. In this context, the research examines the historical evolution and the different theories that tried, without success, to find a point of balance between the interest of market agents in capitalism and the fundamental rights of each individual, highlighting the Jus naturalist and Jus positivist attempts, the role of humanism and the different meanings of the term, in addition to utilitarianism and the failure of the socialist attempt. Legal institutes in the common law and civil law systems are examined, and the tendency towards rapprochement between the two, the role of precedents in each of them, to delve deeper into what our legal system in Brazil today is based on. Finally, the research proposes recommendations and reflections for the adoption of the proposed model, and counterweights to prevent arbitrariness and judicial activism, always with a view to predictability of decisions, and security in protecting what is most important to the individual: your dignity.

Keywords: Consequentialism - Fundamental Rights – Precedents – Judicial Activism – Globalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – PARA ENTENDER O SISTEMA CAPITALISTA.....	12
1. DIREITO NATURAL: A BUSCA POR UM VALOR ETERNO E UNIVERSAL.....	17
1.1. A ausência de universalidade revelada ainda na análise da origem – cada região tem seu próprio mapa.....	17
1.2. Eterna somente a mutabilidade dos valores.....	32
2. O DIREITO CIRCUNSCRITO A ELE MESMO.....	42
2.1. O único caminho correto ou um mapa com vias alternativas?.....	42
2.2. Uma rota imaginária entre duas existentes.....	57
2.3. Distanciamento entre mapa e estrada.....	69
3. O HOMEM NO CENTRO DO MAPA.....	73
3.1. O centro lhe pertence por direito.....	73
3.2. A efetiva proteção dos direitos fundamentais é que o conduz ao centro.....	80
4. LAISSEZ FAIRE: CADA UM FAZ SUA PRÓPRIA ROTA.....	91
4.1. Globalização: um mapa sem fronteiras para as empresas transnacionais.....	91
4.2. Democracias iliberais: contorno obrigatório.....	101
5. ALTERNATIVAS AO CAPITALISMO E OS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS NA VIA.....	111
5.1. O caráter hedonista do utilitarismo.....	111
5.2. Destaque para prazeres mais elevados.....	119
5.3 Tentativa de virar à esquerda.....	131
6. PONTO DE CHEGADA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CAPITALISMO.....	140
6.1. Capitalismo: o valor, a positivação e o direito aplicado.....	140

6.2. A rota traçada pela Constituição Federal de 1988.....	143
6.3. O legislador infraconstitucional segue seu caminho.....	150
6.4. Sinais da proteção dos direitos fundamentais no sistema econômico na jurisprudência.....	165
7. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO, O NOSSO GPS.....	179
7.1. Análise prévia dos pontos de chegada antes de decidir o caminho.....	179
7.2. Dois caminhos se cruzam, e o Brasil cria a sua própria estrada.....	184
7.3. Uma estrada escura e sinuosa.....	187
7.4. A construção realista dos direitos fundamentais no capitalismo: o nosso real destino.....	197
8. CONCLUSÃO – ANÁLISE REALISTA: VALORES SEM EFICÁCIA NÃO POSSUEM VALOR ALGUM.....	204
REFERÊNCIAS.....	215

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação direta de constitucionalidade
CC	Código Civil
CDEA	Centro de estudos europeus e alemães
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de introdução às normas do direito brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO – PARA ENTENDER O SISTEMA CAPITALISTA

A presente pesquisa propõe a investigação científica, sob o ponto de vista do Direito, das bases do capitalismo constitucional e dos fundamentos de sua aplicação e exigibilidade, defendendo a tese de que a fundamentação baseada em um direito natural superior ao ordenamento positivo tem trazido sérias dificuldades de efetiva aplicação, pois estes supostos direitos preexistentes e superiores ao ordenamento positivado mostram-se mutáveis e inexigíveis, não possuindo o Estado instrumentos de coercibilidade para sua aplicação, até mesmo em razão da falta de determinação objetiva do conteúdo de direito natural, assim como também não se mostraram suficientes as teorias de natureza juspositivista, pois o texto normativo se encontra muito distante da norma efetivamente aplicada.

Dentro da Área de Concentração do Direito Empresarial, considerado em sua visão holística e superadora da dicotomia entre o interesse público e o privado, reforçada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da adoção do consequencialismo jurídico inserido expressamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a tese busca uma forma de equilibrar o interesse das empresas transnacionais, grandes protagonistas do atual estágio do capitalismo, com os direitos fundamentais dos indivíduos, em especial nos países em desenvolvimento.

A tese se propõe a examinar o discurso de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e valorização do trabalho humano, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e pleno emprego, e expõe a ideia do chamado capitalismo constitucional, que, sem alterar as bases da livre iniciativa e da propriedade privada, busca equilibrar tais interesses com a preservação de direitos fundamentais. É a ponderação entre a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana; é a análise econômica do direito, mas também a análise jurídica da economia; é a manutenção do sistema capitalista, mas sem perder de vista a necessidade de garantir-se a existência digna dos sujeitos de direito.

Ocorre que temos encontrado muitas dificuldades na efetiva implementação dessas ideias, principalmente nos países de desenvolvimento tardio, que, a fim de atrair

investimentos, flexibilizam normas relacionadas a direitos fundamentais, como questões ambientais e trabalhistas.

Afinal, como aplicar aquilo que o texto da norma já aparenta prever?

Se tais valores estão inclusive positivados, o problema não se encontra na vigência ou validade da norma, mas na eficácia, razão pela qual se faz necessária uma nova abordagem, para que seja apresentada uma solução à problemática estabelecida, solução esta que, a nosso ver, encontra-se na construção retórica do capitalismo constitucional a partir das decisões judiciais, a serem tomadas valendo-se do método indutivo, fundamentado este no consequencialismo jurídico previsto em nosso ordenamento e adotando-se uma visão realista do capitalismo jurídico a partir de uma análise retórica.

Valemo-nos, para tanto, do método hipotético-dedutivo, no qual

As teorias científicas se apresentariam como conjuntos de enunciados hipotéticos sobre determinados problemas. O que equivale a dizer que seriam apenas conjecturas. Essas hipóteses (conjecturas) formuladas por ela consistiriam em respostas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam (Mezzaroba, Monteiro; 2009; p. 69).

Diversas teorias serão abordadas no decorrer deste trabalho, as quais durante muito tempo foram tratadas como hipóteses para a solução da problemática estabelecida, porém, demonstraremos a insuficiência para uma solução satisfatória, como forma de embasar a proposta ora apresentada como nossa resposta ao problema.

Por “construção retórica” entende-se uma metodologia que apresenta conjecturas, na tentativa de solucionar o problema estabelecido, conduzindo no decorrer do trabalho a um processo de falseamento de cada uma delas, com o objetivo de refutá-las e confirmar a tese ora apresentada.

Para tanto, no primeiro capítulo analisaremos as principais correntes que adotam a ideia jusnaturalista (cosmológico, divino e racional) e demonstrar que, no decorrer da história, um valor representa os anseios de um determinado grupo social limitado em um tempo e espaço, limitação esta que implica em constante mutabilidade dos valores e do conteúdo do próprio direito natural, que acabou por abrir caminho para a ascensão do positivismo.

Entretanto, as teorias juspositivistas tampouco resolvem o problema, pois constantemente temos um distanciamento entre a letra do texto e a norma jurídica tal qual aplicada, conforme veremos no capítulo 2.

Estabelecidas as premissas conceituais deste trabalho, abordaremos então, no terceiro capítulo, a tentativa de garantir a dignidade por meio do humanismo, esbarrando, entretanto, nas diversas acepções do termo em questão.

No capítulo 4, estudaremos as bases e principais teorias do capitalismo clássico ou liberal, fundado na ideia do *laissez faire*, e os efeitos da globalização, que alçaram as empresas, em especial, as transnacionais, ao protagonismo do chamado capitalismo neoliberal.

Abordaremos também o fenômeno da exclusão de indivíduos do processo de crescimento econômico e social nas chamadas democracias iliberais, e a necessidade de garantia de direitos fundamentais dos cidadãos nesse cenário.

Contrariando o sistema capitalista tradicional, estudaremos no capítulo 5 as tentativas de solução dos problemas através da implantação do sistema socialista e as bases do utilitarismo, demonstrando, entretanto, que nem uma nem outra mostraram ser a solução adequada para o equilíbrio entre os interesses de mercado e os direitos fundamentais do indivíduo.

Já no capítulo 6, temos uma resposta um pouco mais adequada, mas ainda insuficiente, para a resolução de tais impasses, que é o conceito jusnaturalista de capitalismo humanista, que prega ser perfeitamente possível, mais do que desejável, a proteção dos direitos individuais e sociais dentro de um sistema capitalista, que não é o capitalismo liberal abordado no capítulo 4, mas também está bem distante do socialismo analisado no capítulo 5.

Entretanto, conforme já mencionado, a visão jusnaturalista acaba por esbarrar na ausência de coercibilidade e na constante mutabilidade do conteúdo do direito natural em relação a tempo e espaço.

Nesse cenário é que será defendida a tese de existência de um capitalismo constitucional construído por meio da linguagem e dos debates no mundo jurídico, sintetizados no direito emanado de decisões judiciais, em especial dos precedentes judiciais com força vinculante. A retórica é precisamente o estudo dessas construções linguísticas. Para tanto, precisamos analisar, mais do que os valores, a forma como se

deu a positivação do capitalismo e a sua aplicação pelos nossos tribunais, a fim de demonstrar que se existem os valores e o texto positivado, a última barreira a ser transpassada é a da eficácia do texto normativo, com a construção do capitalismo constitucional a partir da aplicação do direito.

Mas o nosso direito positivado possibilita tal construção?

Sim, pois hoje temos um sistema que atribui força aos precedentes judiciais, mediante instrumentos como a súmula vinculante, o incidente de demandas repetitivas, a repercussão geral e o tratamento dos recursos repetitivos.

Todos os instrumentos mencionados em última análise carregam em si a ideia de construção do direito nos tribunais, e não em valores imutáveis superiores ao ordenamento, ou no texto positivado.

Partindo de tal ideia, analisaremos, de forma pormenorizada e específica o artigo 170 da Constituição Federal e a função social da propriedade.

Por fim, confirmando a construção do capitalismo constitucional por meio da retórica, e sob uma ótica realista, trataremos no capítulo 7 do consequencialismo jurídico, que já era previsto no Código de Ética da Magistratura, e que foi inserido em nosso ordenamento pela lei nº 13.655/18, que acrescentou o artigo 20 à lei de introdução às normas de direito brasileiro, segundo o qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, determinando a utilização do método indutivo pelos aplicadores do direito, que decidirão com base nas possíveis consequências que a decisão trará à situação concreta, para, já sendo de conhecimento qual a decisão a ser tomada, fundamentá-la buscando o texto normativo e os valores supralegais, ou seja, exatamente o caminho inverso de tudo que tentou-se até então.

A relevância do tema decorre do fato de que muitos países em desenvolvimento, a fim de atrair o investimento de grandes empresas transnacionais, e vislumbrando o inegável desenvolvimento que as acompanham, acabam por submeter-se a exigências claramente violadoras de direitos fundamentais básicos, de cunho social, em especial nas relações de trabalho, mas também, e não menos importante, de direitos ambientais, deixando de lado o interesse público de toda uma coletividade, atendendo a direitos privados preponderantemente econômicos. Dessa situação, que expõe trabalhadores a regimes similares a escravidão, exsurge a necessidade de uma proposta

de solução para busca do equilíbrio, superando a dicotomia entre direito público e privado, para, sem prejuízo da livre iniciativa e das bases do sistema capitalista, fazer valer interesses da coletividade relacionados a direitos fundamentais, com maior efetividade do que vem sendo feito até então.

A pesquisa inicia-se tendo como referencial teórico a base doutrinária da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, da constitucionalização do direito privado, da construção histórica dos direitos humanos, do consequencialismo jurídico e da construção retórica do direito.

1 DIREITO NATURAL: A BUSCA POR UM VALOR ETERNO E UNIVERSAL

1.1 A ausência de universalidade revelada ainda na análise da origem – cada região tem seu próprio mapa

Tendo em vista o objetivo da presente pesquisa, importante traçar previamente a forma de abordagem, neste trabalho, da questão envolvendo o direito natural.

Partindo da divisão estabelecida por Adeodato (2023), não haverá problematização no plano da linguagem-objeto, ou da metalinguagem, mas uma análise a partir do plano da meta-metalinguagem.

A linguagem-objeto, também chamada de linguagem em primeiro nível, é a análise meramente descritiva do objeto em análise, ou seja, no caso, no que consistiria o direito natural, objetivamente.

Já no segundo nível, da metalinguagem, a prescrição ganha espaço, em detrimento da descrição, e a análise é sobre como as coisas devem ser, e não sobre o que elas simplesmente são. Tem-se uma análise muito mais normativa do que descritiva. Ou seja, não se discute o direito natural como objeto, e sim qual deve ser a conduta humana social a partir da aplicação do direito natural.

Por fim, no terceiro nível, no plano da meta-metalinguagem, podemos fazer uma análise científica de como se deu a relação entre a metalinguagem e a linguagem-objeto, ou seja, qual o resultado prático da aplicação do pensamento jusnaturalista ao direito natural.

(...) só admitindo três níveis é possível considerar a questão de se é viável uma meta-metalinguagem descritiva, analítica, científica: descrever as relações entre a linguagem-objeto e a metalinguagem, como a linguagem-objeto ética é efetivamente praticada pelos seres humanos ou se deve dizer como tal ética deve ser. Em outras palavras, se a perspectiva da metaética deve ser descritiva ou prescritiva, analítica ou normativa, respectivamente (Adeodato, 2023, p. 91).

A divisão em níveis faz-se necessária para uma pesquisa adequada, pois os níveis de linguagem se organizam em uma sobreposição de camadas linguísticas, de forma que antes de qualquer afirmação deve o interlocutor deixar claro se ele está

afirmando como as coisas são, como ele pretende que elas sejam ou até mesmo como ele acha que elas serão no futuro.

A linguagem-objeto exerce papel funcional de objeto que é descrito. Por sua vez, a metalinguagem se desenvolve de forma a analisar e prescrever como o objeto de estudo deve ser. E isso porque a linguagem pode ensejar diversas interpretações distintas, e a linguagem-objeto, uma vez posta, não é capaz, em razão de seu caráter descriptivo, de responder às problemáticas estabelecidas a partir do estudo do primeiro nível.

O sentido da distinção entre linguagem-objeto e metalinguagem é dado, segundo os lógico-positivistas, pela incapacidade das linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. Necessita-se então, da construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e estruturas que se pretende analisar (Warat, 1984, p. 45).

Embora estejamos traçando essa premissa para o estudo do direito natural e do jusnaturalismo, a mencionada sobreposição de camadas linguísticas não se restringe a este assunto. No capítulo 2, ao tratarmos do papel juspositivista na proteção dos direitos fundamentais, também diferenciaremos o plano da linguagem-objeto, no qual se encontra o texto normativo, o da metalinguagem e o da meta-metalinguagem.

Se a preocupação no plano da metalinguagem é a mudança do mundo real, com interferência no nível da linguagem-objeto, na meta-metalinguagem não há essa preocupação de mudança, mas tão somente de demonstração de como se deram as tentativas anteriores. Por exemplo,

O fato de haver pena de morte para homicidas ou espiões em diversas comunidades, nações e Estados em diferentes tempos e lugares é uma postura ética efetiva, entendida no primeiro plano, dado empírico que qualquer um pode observar. As pessoas que defendem ou rejeitam a pena de morte sob diferentes argumentos, procurando interferir nesse primeiro plano e dizer como ele deveria ser, por exemplo, que a pena de morte não corresponde ao direito natural que defendem, adotam uma postura normativa, no segundo plano. No terceiro nível, os enunciados não pretendem interferir sobre os dois planos anteriores, mas somente analisar como o segundo nível age sobre o primeiro. Exemplificando, alguém pode saber tudo sobre o que os mais diferentes povos e filósofos disseram e fizeram em nome do jusnaturalismo sem ser jusnaturalista, pode conhecer muito sobre o assunto, mas como objeto descriptivo de estudo, sem tomar posição normativa. Tal atitude estaria no plano da meta-metalinguagem. Uma pessoa pode saber, no plano da metaética, e se comportar contrariamente, no plano da ética (Adeodato, 2023, p. 92).

Não é nosso objetivo, portanto, analisar o direito natural no primeiro nível da linguagem, e nem mesmo o jusnaturalismo sob o ponto de vista prescritivo, mas sim abordar como a relação jusnaturalismo/direito natural se deu na proteção dos direitos

fundamentais. Em que pontos ela contribuiu para este fim, mas onde estão as falhas que tornam a proteção insuficiente.

Para tanto, identificadas as principais teorias jusnaturalistas no plano da metalinguagem, a saber: cosmológica, teológica e racional, em suas mais difundidas subespécies, e explicitaremos como cada uma delas influenciou na linguagem-objeto (direito natural), e o porquê entendemos que a tentativa de garantir a proteção dos direitos fundamentais do ser humano dentro do sistema capitalista com base nas ideias jusnaturalistas é um grande equívoco.

Em outras palavras, os enunciados normativos dos jusnaturalistas sobre como o direito positivo deve ser, de caráter estratégico, diferem dos enunciados analíticos sobre a influência histórica das diversas teorias jusnaturalistas na formação do direito positivo, por exemplo, os quais não objetivam interferir sobre ele. No plano da metalinguagem normativa, os enunciados sobre um direito natural intrinsecamente justo visam a modificar a realidade estabelecida. No terceiro plano, da meta-metalinguagem ou da metalinguagem analítica, os enunciados procuram descrever as relações entre os dois níveis anteriores, isto é, como a abordagem e as estratégias argumentativas utilizadas por eles são construídas e de que maneira funcionam ou não (Adeodato, 2023, p. 93).

Claro que, para tanto, precisamos adentrar nos planos na linguagem-objeto e da metalinguagem, de forma analítica e científica, mas, como traçado em nossa premissa, sem o objetivo de problematizá-los.

É antiga a ideia de um direito natural, superior ao direito positivado e vigente em cada país e em cada época, embora essa superioridade hierárquica tenha sido apresentada no decorrer da história sob fundamentos diversos.

Para Sabadell (2002, p. 24), “(...) o direito natural é, ao mesmo tempo, anterior à criação da sociedade e das instituições políticas e superior ao direito escrito, estabelecido por cada sociedade. (...)”.

O direito natural, independentemente do momento histórico, sempre foi pensado como um direito dotado de universalidade e perenidade, como se fosse um estatuto comum a todos os homens, em qualquer tempo ou lugar.

O próprio termo é relacionado à "natureza" do homem e das coisas. Porém, o problema está em saber no que consiste essa "natureza humana", que é dada como imutável, e qual seria o estado de "natureza das coisas", ou seja, a realidade.

Determinados princípios, uma vez relacionados ao direito natural, seriam absolutos e hierarquicamente superiores ao ordenamento estatal.

Mas, afinal, de onde seriam extraídos tais princípios?

O jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem (Wolkmer, 1989, p. 124).

Com a introdução da ética na filosofia, por meio dos ensinamentos sofistas, e a separação entre *nomos* e *physis*, os filósofos, antes mais dirigidos ao que hoje chamamos conhecimento científico, passam a se preocupar com o que se tem por certo ou errado, e o direito justo, encontrar-se-ia dentro do mundo da natureza, que estaria muito além da vontade humana e dos desmandos de qualquer governo.

Surgiria, já a partir dessa primeira ideia, uma contradição terminológica. Afinal, o direito (*nomos*) pertenceria ao mundo da natureza (*physis*)?

Daí porque a discussão se o direito natural seria, de fato, um direito, negando os juspositivistas tal natureza, até mesmo pela ausência de coercibilidade, que inevitavelmente acaba por resultar em ineficácia.

Ora, o que falta à lei natural é exatamente o que constitui o elemento característico do direito, ou seja, a efetividade. O direito natural é um direito desarmado. Ninguém nega que ele exprima uma exigência, uma proposta de direito futuro, mas até que não encontre a força para fazer-se valer, não é direito no sentido corrente da palavra, ou pelo menos o é em sentido equívoco ou até mesmo incorreto. Todos sabem que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na atual fase do desenvolvimento do direito internacional, não é uma declaração de direitos, mas de desejos pios (Bobbio, 2016, p. 199).

Conforme Wolkmer (1989, p. 127), “o Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada (Direito Positivo)”.

Se o jusnaturalismo não se confunde com o direito natural, o mesmo pode-se afirmar do juspositivismo, em relação ao direito positivo, tratando-se, na verdade, de duas perspectivas distintas na análise do direito como objeto, e de uma tentativa de interferir em sua construção.

No próximo capítulo, demonstraremos como, de fato, o juspositivismo também se mostra insuficiente na proteção dos direitos fundamentais, não podendo o Direito ser reduzido a tal perspectiva.

Ao que tudo indica, o problema remonta à diferença entre análise da linguagem-objeto ou da metalinguagem, sob a ótica descritiva ou prescritiva, respectivamente.

Nunca houve um consenso, nem mesmo entre os jusnaturalistas, sobre qual seria a fonte do direito natural.

Em um primeiro momento, acreditava-se em um direito natural cósmico, anterior a todas as coisas, e acima até mesmo dos deuses, de forma que nem mesmo estes possuíam poderes para modificá-lo.

Assim como não são os responsáveis pela criação do mundo, os deuses também não teriam criado o direito natural, e daí a impotência para sua modificação.

O Direito Natural clássico dos gregos compreende uma concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural: a natureza contém em si a sua própria lei, fonte da ordem, em que se processam os movimentos dos corpos, ou em que se articulam os seus elementos constitutivos essenciais. A ordem da natureza é permanente, constante e imutável. Trata-se da concepção cosmológica da natureza, que marcou o pensamento grego pré-socrático, destacando-se três pensadores - Anaximandro, Parmênides e Heráclito (Teixeira, 1990, p. 126).

Podemos mencionar a distinção entre corpo e alma nas obras de Platão, nas quais a justiça apresenta laços estreitos com a moralidade, devendo os homens observarem a natureza para a elaboração de suas leis.

Ao analisar a obra *República*, de Platão, a justiça é apresentada de forma diversa em suas dimensões individual e social: no plano individual, seria o governo dos apetites e da cólera pela razão e, no aspecto social, um conjunto hierarquizado de funções, estabelecidas em um rígido processo de seleção ainda no sistema educacional, sendo justa a sociedade na qual cada indivíduo exerce sua própria função.

Até a idade de sete anos, todas as crianças, de todas as classes e de ambos os sexos, recebem a mesma educação: ginástica, dança, jogos para aprendizado dos rudimentos da matemática e da leitura, poesia épica para conhecimento dos heróis (mas Platão expulsa Homero e Hesíodo de sua Cidade porque descrevem os deuses e heróis com vícios que não servem à educação do cidadão). Aos sete anos, as crianças passam por uma seleção: as menos dotadas ficam com famílias da classe econômica, enquanto as mais dotadas prosseguirão. Agora, são alfabetizadas, iniciam os estudos das artes marciais e o treino militar (com novos conhecimentos matemáticos, necessários à arte da guerra), que irão até os vinte anos, quando os rapazes e as moças passarão por novos exames e nova seleção. Os menos dotados ficarão na classe dos guardiões, enquanto os mais dotados iniciarão os estudos para a administração do Estado. Estudam, agora, as matemáticas: aritmética, geometria, estereometria, astronomia e música, isto é, acústica e harmonia. É o aprendizado das ciências dianoéticas, puramente intelectuais, de formação do raciocínio discursivo e do pensamento hipotético-dedutivo. Aos trinta

anos, uma nova seleção é feita. Os que se mostrarem menos aptos ocuparão funções subalternas da administração pública e de comando militar; os mais aptos iniciarão o estudo principal, para o qual foram preparados durante trinta anos: a dialética. Aos trinta e cinco anos, serão submetidos a uma nova prova; se aprovados, iniciam os estudos da ética, da física e da política. Passarão continuamente por exercícios e provas que fortaleçam o intelecto e a moral, já ocuparão alguns postos de alta administração até que, aos cinquenta anos, passam pelo exame final. Se aprovados, tornam-se magistrados e dirigentes políticos. Os aprovados, portanto, são filósofos. Os dirigentes políticos, convededores das ideias, portadores da ciência política e da mais alta racionalidade, formam a pequena elite intelectual que governa a Cidade segundo a justiça. A razão domina a coragem que domina a concupiscência. A Cidade justa é, pois, aquela onde o filósofo governa, o militar defende e os que estão ligados às atividades econômicas proveem a sociedade. O Estado justo possui quatro virtudes cívicas, três delas que correspondem a cada uma das classes - temperança, coragem e prudência - e a quarta, mais importante e da qual dependem as outras três: a justiça (harmonia e hierarquia das funções). A razão governa a Cidade, que por isso é virtuosa e perfeita, isto é, excelente. (Chauí, 2002, p. 308/309).

Se, por um lado, o indivíduo constrói a *polis*, com base no trecho destacado podemos concluir que a *polis* é quem moldava o indivíduo, de forma que as duas acepções de justiça (individual e social) são essenciais.

Aristóteles, por sua vez, no livro V de Ética a Nicômaco, constrói a distinção entre o justo universal e o justo particular, com o reconhecimento de uma lei natural e universal, mas sem desconsiderar as leis particulares de cada cultura.

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas, e também todas as leis promulgadas para casos particulares, como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas, e as prescrições dos decretos. Ora, alguns pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto, mas verdadeiro em certo sentido; ou melhor, para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, enquanto para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável. Isso não obstante, algumas coisas o são por natureza e outras, não. Com toda a evidência percebe-se que espécie de coisas, entre as que são capazes de ser de outro modo, é por natureza e que espécie não o é, mas por lei e convenção, admitindo-se que ambas sejam igualmente mutáveis. E em todas as outras coisas a mesma distinção será aplicável: por natureza, a mão direita é mais forte; e no entanto é possível que todos os homens venham a tornar-se ambidestros. As coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por atacado e menores nos retalhistas. Da mesma forma, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte. E as próprias constituições não são as mesmas, quanto só haja uma que é, por natureza, a melhor em toda parte. (Aristóteles, 1991, p. 111/112).

Podemos então extrair que o Justo Natural é aquele em toda a parte mantém o mesmo efeito, não se submetendo às convenções humanas. Embora possa ser mutável em sua realização concreta, não o é em sua substância.

Não teríamos, assim, uma antítese perfeita entre o direito natural e o direito positivo, pois este último sempre apresentaria lacunas, a serem preenchidas por aquele, de forma que a solução casuística será alcançada em conjunto pelo uso de ambos, muito embora o direito positivo não seja válido em todos os lugares, enquanto o direito natural, em seu aspecto substancial ligado à justiça, o é.

Já na Idade Média, diante da forte influência exercida pela Igreja Católica Apostólica Romana, assistimos à ascensão da teoria jusnaturalista teológica, segundo a qual o direito natural nada mais seria do que a revelação da vontade divina.

Na verdade, situando-se no plano da metalinguagem, a materialização da parte cognoscível da vontade de Deus é o que deveria ser o direito natural, segundo o entendimento da Igreja Católica, e o que era, no plano da linguagem-objeto.

Na Idade Média, sob o império da patrística ou da escolástica, a teoria jusnaturalista apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, devido ao fato de a sociedade e a cultura estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé. Na era medieval prevalecia a concepção do direito natural objetivo e material, de espírito tomista, que estabelecia o valor moral da conduta pela consideração da natureza do respectivo objeto, conteúdo ou matéria, tomada como base de referência a natureza do sujeito humano, considerado na sua realidade empírica, mas enquanto reveladora do seu dever-ser real e essencial (Diniz, 2023, p. 23).

A natureza, e a essência empírica do ser humano, seriam a revelação da vontade de Deus, daí porque a relação estabelecida entre a vontade divina e tudo aquilo tido como natural.

(...) o pensamento medieval e escolástico parte de um conceito teológico de natureza: a natureza não é só, nem principalmente, aquilo porque cada coisa tem um modo de ser próprio, mas o modo de ser próprio de cada coisa enquanto criada por Deus (Teixeira, 1990, p. 124).

Embora não possamos afirmar que o jusnaturalismo teológico tenha nascido na Idade Média, sem dúvida é neste período histórico que tem o seu apogeu.

Em período anterior, Santo Agostinho já pregava a existência de um direito natural de origem divina, porém inatingível pela racionalidade humana. Já no jusnaturalismo teológico medieval, a lei seria inscrita no coração e na consciência do homem.

É sabido que a ideia de um Direito Natural, já poderosamente afirmada na corrente socrática-aristotélica e na estoica, (...), adquire um sentido diverso nas coordenadas da cultura cristã, não somente por tornar-se uma lei da consciência, uma lei interior, mas também por ser considerada inscrita no coração do homem por Deus. O Direito Natural destinava-se a representar a afirmação da nova Lei contra a Lei velha, a mensagem instauradora de uma nova forma de vida (Reale, 1982, p. 633).

É a partir do jusnaturalismo teológico medieval, em especial por meio de São Tomás de Aquino, que os desígnios de Deus podem ser compreendidos pela lógica humana, mas não por qualquer humano, exercendo a Igreja Católica Apostólica Romana o papel de reveladora da vontade de Deus.

Santo Tomás procura adaptar os ensinamentos aristotélicos aos de Santo Agostinho, bem com aos princípios do catolicismo e do direito canônico.

Para isso, Aquino (1980) sistematiza a ideia supracitada, afirmando que a Lei Natural é aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do Universo, que se acha presente na razão do Homem, ou seja, assim como Aristóteles, Tomás de Aquino ensina que a Justiça ordena os atos dos homens entre si conforme uma igualdade, de forma que justo será o ato que o for do ponto de vista substancial, sem conexão com o elemento volitivo de quem o pratica.

O Direito seria reduzido a um objeto, plenamente determinado, e através da prudência, e na tentativa de conhecer o futuro através do estudo do passado e do presente, o homem estabeleceria então a *lex humana*, consistente na razão do direito.

Aquino divide o direito em 4 níveis. Ensina que a *lex aeterna*, o direito essencial e primordialmente divino, origem de todas as instâncias éticas, permanece sempre incognoscível para o ser humano, no que segue a ideia da cidade de Deus de Agostinho. Mas a misericórdia de Deus permite que uma parte da *lex aeterna* seja percebida e constitua a *lex naturalis*, o direito divino por participação ou irradiação, revelado aos representantes de sua igreja. O direito natural é assim o fundamento efetivo do direito positivo e de todo poder mundial, é a base da *lex humana* dos imperadores e reis. A *lex divina* é justamente essa mediação entre a lei eterna e o direito natural, que se revela nas escrituras e se interpreta pelo clero; a *lex naturalis* faz a mediação entre o direito divino e humano. A *lex humana* explícita o direito natural a fim de permitir a organização jurídica da sociedade, lançando mão de procedimentos racionais como a dedução lógica. A *lex naturalis* comanda, por exemplo, considerar o homicídio mais grave do que o furto; a quantificação de orientações práticas, tais como regras de administração pública e determinação de penas, fica a cargo do direito humano, positivo (Adeodato, 2023, p. 100).

Um bom exemplo de discussão acerca da relação existente entre o direito natural e o direito posto é encontrado na tragédia grega Antígona, de Sófocles, que narra a briga pelo trono de Tebas após Édipo ter vazado os próprios olhos.

Como o trono fica vazio, Creonte, irmão de Jocasta, é eleito rei até que os filhos varões de Édipo atinjam a maioridade. Quando chega o momento da disputa pelo trono, os dois irmãos combinam que reinariam alternadamente. Mas, ao chegar ao final do seu período, Etéocles se recusa a entregar a coroa para o irmão, o que motiva Polinices a reunir-se a seu sogro em Argo e atacar Tebas. Os filhos de Édipo confrontam-se no campo de Batalha, matando um ao outro simultaneamente.

Polinices é considerado inimigo da pátria, o que leva a Creonte a proibir, sob pena de morte, que lhe sejam prestadas honras fúnebres, ou mesmo que seu cadáver seja enterrado, ao passo em que a Etéocles são concedidas todas as honrarias fúnebres que merece um herói.

Com essas leis engrandecerei a pólis, e estas ordens sobre os filhos de Édipo, agora proclamadas, delas são irmãs: Etéocles, que morreu lutando pela pólis, defendendo-a bravamente com sua lança, será sepultado com ritos fúnebres, tal como outros mortos ilustres, que estão sob a terra, mas quanto ao de seu sangue, Polinices, diga-o que esse, ao voltar do exílio, quis incendiar a terra pátria, destruir os deuses familiares, fartar-se do sangue dos que lhe são próximos e conduzir os nossos para a escravidão. Pois esse, como já foi proclamado na pólis, não receberá sepultura, nem lágrimas. Que seu corpo permaneça exposto, servindo de alimento às aves e aos cães, um horrível espetáculo para os olhos. E essa é a minha decisão: jamais os maus serão honrados como os justos. Mas aquele que respeitar a pólis, morto ou vivo, será igualmente honrado por mim (Sófocles, 2017, p. 172).

Merece destaque a importância dada ao culto da morte na Idade Antiga. Não se trata de uma mera cerimônia cuja inexistência impediria a despedida por parte daqueles que ficam, mas sim algo essencial para a felicidade da alma após a morte.

Dessa crença primitiva originou-se a necessidade da sepultura. Para que a alma fosse domiciliada nessa morada subterrânea que lhe convinha para sua segunda vida, era necessário que o corpo, ao qual ela permanecia ligada, fosse recoberto de terra. A alma que não possuía seu túmulo não possuía morada. Era uma alma errante. Aspiraria em vão ao repouso, ao qual amava após as agitações e trabalhos desta vida; era forçada a errar sempre sob forma de larva ou fantasma, sem nunca se deter, sem nunca receber as oferendas e os alimentos de que tinha necessidade. Desafortunada, logo se tornaria malfeitora. Atormentava os vivos, lhe enviava enfermidades, lhes devastava as searas, os apavorava com aparições lugubres visando avisá-los para dar uma sepultura ao seu corpo e a ela mesma. Encontra-se aqui a origem da crença nas almas do outro mundo. Toda a antiguidade se persuade de que sem a sepultura a alma era infeliz e que mediante a sepultura ela se tornava feliz para todo o sempre. Não era para revelar a dor que se realizava a cerimônia fúnebre, mas sim para assegurar o repouso e a felicidade do morto (Coulanges, 2009, p. 19).

A fim de impedir a infelicidade eterna de seu irmão, Antígona decide então descumprir a ordem de Creonte, mesmo sem contar com o apoio de sua irmã, Ismênia, que entende ser a violação da lei muito mais perigosa do que o abandono do irmão já morto.

Antígona realiza então o sepultamento de Polinices, e, em razão do descumprimento da normaposta, é questionada pessoalmente por Creonte, acerca do conhecimento da ordem, e se, de fato, a havia descumprido, ao que responde Antígona prontamente:

Sim, pois para mim, não foi Zeus quem a decretou, e nem Dike, a que vive entre os deuses de baixo, que deu aos homens semelhantes leis. Os teus decretos não têm o poder de obrigar um mortal a desobedecer às leis dos deuses, pois, embora não escritas, elas são poderosas e imutáveis. Ninguém sabe quando surgiram, mas foram criadas para todo o sempre e não para o passado ou o presente. Não temo o castigo por violar leis cunhadas pelo poder de um homem, mas por desobedecer às leis dos deuses (Sófocles, 2017, p. 184).

Da argumentação de Antígona, podemos extrair a invocação de algumas das características do direito natural, podendo ser destacadas a superioridade hierárquica em relação às leis estatais; a forma não escrita, ou seja, a ausência de qualquer materialização normativa; a imutabilidade, ou universalidade; a eternidade, não havendo notícias de quando surgiram, mas a certeza da vigência para todo o sempre; e, no caso específico de Antígona, a invocação da origem divina.

Com o fim da hegemonia da Igreja Católica Apostólica Romana, o surgimento do protestantismo em suas diversas vertentes, e a ascensão dos Estados Nacionais, o direito, inclusive o natural, passa a ser pensado de uma nova forma, na fase do jusnaturalismo denominada racional ou antropológico.

De acordo com essa acepção, o direito justo, natural, não teria origem cosmológica, divina, e em nada que estivesse em um patamar superior ao ser humano, mas sim nas escolhas humanas, e por isso, estariam ao alcance da razão de todo e qualquer ser humano.

“(...), o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de construir por si mesmo a regra de sua conduta” (Reale, 1982, p. 642).

Assim como Deus não poderia interferir na matemática, também não teria poder para transformar o errado em certo.

(...) Deus deixa de ser visto como emanador das normas jurídicas e a natureza ocupa esse lugar, com um adendo: não é a natureza que dá aos homens esse entendimento, mas é ele mesmo, por meio da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade. A partir de certos princípios, procura-se construir, dedutivamente, rígidos e exaustivos sistemas de Direito Natural, dotados de validade universal e perpétua (Bittar, Almeida; 2001, p. 227).

Não se nega a existência de Deus, mas, assim como pregava o jusnaturalismo cósmico, a concepção antropológica coloca o direito natural acima da própria divindade.

Ressalte-se que o jusnaturalismo antropológico nasce no seio da igreja protestante e provém de uma reforma do catolicismo, comandada por membros do clero. Daí que não tem por objetivo recusar o papel de Deus na Constituição do direito justo. Por outro lado, conforme já mencionado, o jusnaturalismo teológico assenta-se sobre a lógica divina, da qual emana a razão humana, não são instâncias contraditórias, porém complementares. A mudança é que, agora, a razão deixa de ser uma irradiação proveniente da divindade para ser a fonte imediata originária do direito, tomando o lugar da autoridade e da tradição (Adeodato, 2023, p. 102/103).

A mudança não é de cunho filosófico, apenas, mas também de matiz social, histórica, cultural, religiosa, econômica e política, não havendo mais espaço para a imposição de normas ditas naturais por parte da Igreja Católica Apostólica Romana.

Com a intenção da emancipação da teologia medieval e do feudalismo, surge, a escola do direito natural clássico, tendo marcada sua evolução, em três períodos. O primeiro, com o advento do Protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, (...) (Nader, 1998, p. 111).

Essa mudança se deu de forma progressiva, lenta e gradual, não havendo uma ruptura repentina, e precisa ser estudada a partir da relação do direito natural com as teorias contratualistas, que, de forma geral, podem ser tidas como doutrinas segundo as quais o Estado é formado por um contrato entre os homens em *Estado de Natureza*, na busca da autopreservação da vida dos próprios indivíduos, e de suas necessidades mais básicas.

Para Hobbes (2022, p. 121),

O direito natural, geralmente chamado pelos escritores de *jus naturale*, consiste na liberdade de cada homem para usar seu próprio poder da forma que desejar para a preservação de sua própria natureza; isto é, de sua própria vida; e, consequentemente, de fazer qualquer coisa que conceba em seu próprio julgamento e em sua própria razão como sendo o meio mais adequado para tal fim.

Em outra passagem, o autor distingue a lei natural da lei positiva:

Naturais são aquelas que têm sido leis por toda a eternidade; e são chamadas não só naturais mas também leis morais; consistem nas virtudes morais, tais como justiça, equidade e todos os hábitos mentais que conduzem à paz e à caridade (...). Positivas são aquelas que não existem desde a eternidade; mas foram transformadas em leis pela vontade daqueles que tiveram poder soberano sobre os outros; podem ser escritas ou tornadas conhecidas aos homens por alguma outra prova dada vontade do legislador. (Hobbes, 2022, p. 257).

De acordo com Leo Strauss (2022), Thomas Hobbes buscou refutar as chamadas teorias clássicas, apontando que teriam as mesmas falhado por partirem da

premissa de que o homem seria um animal naturalmente político e social. Ao apresentar este contraponto, Hobbes aproxima-se da tradição epicurista, estabelecendo o pressuposto de que o homem é apolítico, e que o bem fundamental é idêntico ao prazer, o que trabalharemos no capítulo 5, quando tratarmos das teorias utilitaristas.

Hobbes rejeita a tradição idealista com base numa concordância fundamental com ela. Ele quer empreender adequadamente aquilo que a tradição socrática fez de maneira inteiramente inadequada; quer ser bem-sucedido naquilo que a tradição socrática tinha falhado. Para tanto, Hobbes atribui o fracasso da tradição idealista a um erro fundamental: a filosofia política tradicional supunha que o homem é, por natureza, um animal político ou social. Ao rejeitar essa suposição, Hobbes adere a tradição epicurista; aceita a concepção dessa tradição segundo a qual o homem é, por natureza, ou originalmente, um animal apolítico ou mesmo um animal associal, aceitando também a premissa de que o bem é fundamentalmente idêntico ao agradável. O uso dessa concepção apolítica em Hobbes tem, entretanto, um propósito político: ele confere à concepção apolítica um sentido político; tenta instilar o estado de espírito do idealismo político na tradição hedonista, tornando-se assim o criador do hedonismo político, doutrina essa que revolucionou a vida humana por toda parte e em proporções nunca antes alcançadas por nenhum outro ensinamento. (Strauss, 2022, p. 170/171).

Para John Locke, os direitos naturais decorrem da Lei Natural, em clara oposição ao pensamento de Thomas Hobbes, alinhando-se ao pensamento tradicional (Strauss, 2022, p. 202).

O direito natural seria um imperativo da razão, eterno e imutável, e a lei natural uma declaração manifestada da vontade de Deus, cuja sanção pelo descumprimento seria transcendental, como o castigo pela eternidade.

O contratualismo de Jean-Jacques Rousseau se baseia na virtude, sobretudo a virtude política, um entregar-se ao pacto social, ainda que abandonando a liberdade natural, mas para que seja assegurada a liberdade convencional.

Assim como um corcel indomável eriça a crina, bate com as patas no chão e debate-se impetuosamente à simples aproximação do freio, enquanto um cavalo domesticado aceita pacientemente chicote e a espora, o homem bárbaro não curva a cabeça ao jugo que o homem civilizado carrega sem murmurar e prefere a mais tumultuada liberdade a uma sujeição tranquila. Portanto, não é pelo aviltamento dos povos escravizados que se devem julgar as disposições naturais do homem a favor ou contra a servidão, mas pelos prodígios que todos os povos livres fizeram para escapar da opressão. Sei que os primeiros não cessam de enaltecer a paz e o repouso que desfrutam em suas cadeias e que miserrimam servitutem pacem appellant. No entanto, quando vejo os outros sacrificarem os prazeres, o repouso, a riqueza, o poder e a própria vida pela conservação desse único bem, então desdenhado pelos que o perderam; quando vejo animais, nascidos livres e abominando o cativeiro, baterem a cabeça contra as grades de sua prisão; quando vejo multidões de selvagens inteiramente nus desprezarem as volúpias europeias e enfrentarem a fome, o fogo, o ferro e a morte para conservar apenas sua independência, sinto que não é a escravos que compete raciocinar sobre a liberdade. (Rousseau, 2021, p. 76/77).

Podemos mencionar, ainda dentro do jusnaturalismo racional, os pensamentos de Hugo Grócio, Gottfried Wilhelm Leibniz e Immanuel Kant, e as diferenças entre eles. Os dois primeiros ocuparam-se em exprimir um compromisso entre o pensamento teológico e o sistema racionalista, enquanto o último incorporou as ideias iluministas no desenvolvimento de sua teoria.

Assim, Grócio concebe um direito natural livre das interpretações teológicas da Idade Média, cognoscível através da ação racional do homem sobre sua própria natureza. O Direito Natural “(...) é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza do homem, (...)” (Bobbio, 2022, p. 28).

Para Grócio, o desejo de socialidade é inerente ao homem, o que o conduz, inexoravelmente, à necessidade de interação harmônica com seus pares, por meio do desenvolvimento da solidariedade, denotando uma ideia de direito contratualista. Para Grócio, portanto, a vida em sociedade seria regulada pelos princípios do direito natural.

É por isso que surge, desde logo, a ideia de contrato. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios (Reale, 1982, p. 642).

Importante ressaltar, entretanto, que Grócio defende um contratualismo parcial, pois a sociedade seria oriunda de um fato natural, e o direito positivo, sim, de uma convenção contratual.

Para Leibniz, a liberdade do homem constitui aspecto imprescindível como condicionante de seu senhorio sobre o destino. Tal visão, contudo, é teocêntrica, pois entende ser Deus o concessionário desta liberdade, administrada pelo homem através de seu livre arbítrio.

Se, por um lado, Leibniz adota uma visão teológica da sociedade, por outro, ele “rompe com o pensamento da estaticidade e da predeterminação do mundo e da sua ordem. Cada homem é senhor de seu destino e determina livremente seus atos” (Sabadell, 2002, p. 29).

Por fim, para Kant, o direito natural está muito mais ligado à liberdade de Leibniz do que à socialidade de Grócio, porém, na visão kantiana, a norma é identificada pela razão pura, independentemente de lei externa ou do direito positivo, rompendo com a visão teológica anterior.

Para o jusnaturalismo de Kant, sendo racional e livre, o homem é capaz de impor a si mesmo normas de conduta, designadas por normas éticas, válidas para todos os seres racionais, que, por sua racionalidade, são fins em si e não meios a serviço de outros. Logo, a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio. Aplicada à conveniência jurídico-social, essa norma moral básica transmuda-se em norma de direito natural. A obediência do homem à sua própria vontade livre e autônoma constitui, para Kant, a essência da moral e do direito natural. As normas jurídicas, para tal concepção, serão de direito natural, se sua obrigatoriedade for cognoscível pela razão pura, independente de lei externa ou de direito positivo, se dependerem, para obrigar, de legislação externa. Mas, nesta hipótese, deve-se pressupor uma lei natural, de ordem ética, que justifique a autoridade do legislador, ou seja, o seu direito de obrigar outrem por simples decisão de sua vontade. Tal lei natural, que é o princípio de todo direito, deriva da liberdade humana, reconhecida por intermédio do imperativo moral categórico. Essa lei de liberdade, como ideal da razão, é moral e encerra imediatamente a autorização de coagir quem a impede ou prejudica, conforme leis gerais sancionadoras. Logo, tanto a moral como o direito têm como princípio último a liberdade ou autonomia da vontade. O direito natural kantiano aparece como uma filosofia social da liberdade, por atribuir a esta um valor moral que se manifesta numa teoria dos direitos subjetivos, criando as bases teóricas da concepção jurídica, que vislumbra o direito privado, estaticamente, como sistema de direitos subjetivos, e, sob o prisma dinâmico, como sistema de atos que criam e modificam aqueles direitos. A ciência jurídica deve levar em conta essa fundamentação prévia do direito (Diniz, 2023, p. 25).

Segundo Kant, a liberdade seria uma característica inerente à condição humana, e um fator condicionante da capacidade do homem de “acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade” (Reale, 1982, p. 646).

Kant, portanto, pode ser considerado como jusnaturalista, enquanto admite leis jurídicas anteriores ao direito positivo. Trata-se de leis naturais, que obrigam a priori, antes de qualquer imposição de autoridade humana. Tais leis não são naturais no sentido de referentes à natureza, dependentes da causalidade e conhecidas pela experiência. Não é ele jusnaturalista no sentido de que o direito se baseia na natureza, mas porque se funda na metafísica dos costumes, na razão prática (Diniz, 2023, p. 26).

Para o processo de reflexão sobre a vida em sociedade, conciliando o interesse de todos através de normas gerais advindas de um processo racional, temos como pressuposto inafastável que estejamos diante de uma sociedade madura, livre e iluminada. Torna-se imprescindível um processo de reflexão individual, para questionamento dos próprios argumentos e separação daqueles não advindos da razão. Por isso, para Kant, “a responsabilidade da convivência em sociedade pertence exclusivamente ao homem” (Sabadell, 2002, p.32).

Em conclusão, Sabadell (2002, p. 32) enumera, de forma sucinta, algumas das consequências decorrentes do pensamento kantiano, as quais transcrevemos:

- a) Rejeição de qualquer argumento de autoridade. (...), sem fazer um exame próprio da sua justificação. b) Rejeição de qualquer decisão tomada por uma

maioria se ela não é baseada na razão humana. (...), pois qualquer decisão de uma maioria só é válida se for racional. c) Rejeição da força. (...) Os cidadãos possuem o direito de resistir a ordens que consideram contrárias aos imperativos da razão. d) Rejeição dos interesses e desejos pessoais como justificação de uma ação. (...) devemos agir de forma que a nossa ação possa ser adotada como regra geral.

A partir, porém, da ideia do direito natural racional, surge o questionamento inevitável: ora, a razão intrínseca do ser humano é sempre a mesma em qualquer variação de tempo e espaço?

Com o progressivo aumento da complexidade social, essa imutabilidade do direito racional começa a ser posta em dúvida e se fortalece a ideia de que há um conteúdo empírico e variável no direito, o que traz a convicção sobre sua historicidade e torna impossível uma ordem jurídica única para todo tempo e lugar. Surge assim a tendência que a que se convenciona chamar de jusnaturalismo democrático, a qual reconhece que os seres humanos são iguais, na medida em que podem conhecer o direito justo diretamente de Deus, por influência da razão colocada pelo jusnaturalismo antropológico. A novidade que trazem é a verificação de que essa razão não é homogeneamente percebida e que justamente por isso as pessoas divergem sobre o conteúdo ético da justiça e assim do direito. E não há como perceber de que lado Deus está (Adeodato, 2023, p.103).

Quando falamos em jusnaturalismo democrático não podemos associar à vontade da maioria em determinado momento histórico, mas tão somente à admissão de que o direito natural poderia sofrer variações em seu conteúdo conforme viajássemos de uma cultura a outra, seja entre Ocidente e Oriente, ou entre séculos distintos.

O equacionamento de benesses da maioria é a base do utilitarismo, que também será abordado como uma forma fracassada na proteção dos interesses individuais, no capítulo 5 do presente trabalho.

Dessa forma, conforme ressaltado no título do presente tópico, quando falamos em direito natural, não há universalidade nem mesmo no que diz respeito a sua origem, quiçá quanto ao conteúdo.

Precisa a conclusão de Adeodato (2023, p. 107):

Desde as origens milenares da cultura ocidental, como visto, o problema ético se revela, no que concerne ao direito, na procura por um fundamento de justiça para o direito positivo. Essa diferenciação impregnou a história das ideias por meio da noção de direito natural, a qual se foi tornando cada vez mais mundana, vindo do Céu para a Terra: um direito justo, que ficava acima dos deuses, passa às mãos de Deus, depois de grupos humanos privilegiados, depois progressivamente a todos os cidadãos.

A indeterminabilidade do conteúdo do direito natural, a evocação de origens não jurídicas, e a ausência de coercibilidade, acarretam a insuficiência de qualquer teoria jusnaturalista na proteção dos direitos fundamentais.

Afinal, nenhum jusnaturalista deixaria de elencar a vida dentre os direitos naturais, mas seria um direito absoluto? E as mortes por apedrejamento por adultério em determinadas culturas, violariam o direito natural? Decerto já não haveria consenso.

Outras questões podem ser ainda mais polêmicas: o aborto é um direito natural que a gestante tem sobre seu próprio corpo ou um direito natural do feto concebido, mas ainda não nascido? Para um jusnaturalista teológico talvez a resposta não fosse a mesma dada por um jusnaturalista racional. Particularmente, sou adepto da teoria concepcionista, que assegura ao nascituro direitos da personalidade, dentre os quais o direito à vida (Tartuce, 2021, p. 133), de forma que o direito à vida do nascituro somente poderia sucumbir se colocado diante da necessidade de interrupção da gestação para preservação da vida da gestante, mas a questão está muito longe de ser pacificada, exatamente por envolver concepções éticas e religiosas, e não meramente jurídicas.

Imaginemos agora uma tentativa de proteção dos direitos fundamentais, com invocação do direito natural, em um mundo globalizado, com fronteiras geográficas e culturais dilaceradas, e com as empresas transnacionais assumindo o protagonismo no cenário econômico (no capítulo 4 do presente trabalho estudaremos a fundo tal cenário). A universalidade dos direitos naturais, sempre tão buscada, porém, sem sucesso, seria essencial para uma proteção efetiva. Se há uma dificuldade de garantia de direitos básicos fundamentados no direito positivado (abordaremos essa dificuldade no capítulo 2), por certo o cenário seria ainda mais desolador se a proteção dependesse do respeito a um direito de conteúdo indeterminado e incoercível.

Passemos então ao estudo das consequências advindas da ausência de universalidade e de instrumentos garantidores da aplicação do direito natural.

1.2 Eterna somente a mutabilidade dos valores

A mutabilidade dos valores sempre foi uma crítica às teorias do direito natural, e uma das grandes dificuldades, até hoje encontrada, de se estabelecer, por exemplo, uma norma universal de direitos humanos.

Não há como se estabelecer um direito eterno e universal, pois conforme alteramos as circunstâncias de tempo e espaço, é inevitável que os valores sociais se alterem em uma razão diretamente proporcional.

Pensemos, por exemplo, na pena de morte, expressamente repudiada em alguns países, como o Brasil, em que só é admitida pelo texto constitucional em caso de guerra declarada, mas vista como essencial em outros países. O mesmo poder-se-ia dizer sobre temas como aborto, prisão perpétua, interferência estatal nas relações privadas.

A variação pode se dar por questões espaciais, mas também temporais.

Imaginemos o seguinte exemplo: uma praia absolutamente deserta, ao nascer do dia, e uma única placa fincada na areia com os dizeres “PROIBIDO USAR BIQUEINI”.

Um turista desavisado que chegasse a essa praia nos anos 50, por certo interpretaria a norma no sentido de que o biquíni seria algo imoral, que atentava contra o pudor e os bons costumes, razão esta da proibição.

Hoje, provavelmente, uma pessoa ao se deparar com a mesma placa na mesma praia deserta, poderia acreditar estar em uma praia de nudismo, sendo inconcebível a ideia da proibição do traje por questões de pudor.

E isso porque estamos diante de uma norma escrita, positivada em uma placa, constituída por três palavras, que não sofreram qualquer alteração entre um cenário hipotético e outro. Se o local é o mesmo, os dizeres são os mesmos, o que mudou dos anos 50 para os dias atuais? Os valores.

Talvez a mesma placa, ao mesmo tempo, tenha interpretações distintas em lugares culturalmente opostos.

Se os valores têm o condão de alterar a interpretação de uma norma posta, quiçá de um direito não escrito, e tido como superior ao direito positivado.

A eternidade e a universalidade não passam de utopia, que jamais atravessarão do mundo das ideias para o mundo real (e aqui, novamente a crítica, como chamar de “natural” algo que não está na natureza, mas no plano das ideias?).

A imutabilidade e a universalidade já não apareciam no jusnaturalismo democrático, mencionado no tópico anterior, e no direito natural de conteúdo variável, que surge já no século XX como uma reação ao juspositivismo.

Rudolf Stammler procurou fazer uma teoria do direito natural de conteúdo variável, rejeitando o direito natural material baseado na natureza humana, enaltecedo o método formal, para sistematizar uma dada matéria social, em cada momento histórico, no sentido de um direito justo. Sustenta ele que o direito natural não pode ser visto como um sistema orgânico de preceitos concretos, válidos com caráter absoluto para qualquer povo, tempo e lugar, mas apenas como um critério diretor, que plasme as figuras jurídicas, de acordo com as circunstâncias sociais, ou espaciotemporais, com a tradição histórica, com o tipo de sociedade, com a cultura etc. Há uma só ideia de justiça (direito natural de conteúdo variável) e inúmeros direitos justos, conforme as variações da matéria social e as diversas circunstâncias de cada época (Diniz, 2023, p. 26).

A proteção dos direitos mais fundamentais do ser humano não podem depender de algo com tamanho grau de incerteza, sob pena de termos uma proteção totalmente ineficaz.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Comparato (2003, p. 176) ensina que estes

são os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, **ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal**, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana (grifo nosso).

De fato, não há como vincular os direitos fundamentais, mínimos para uma existência digna do ser humano como um fim em si mesmo, a uma suposta universalidade. Quem determinaria o que seria ou não direito? As empresas transnacionais, grandes protagonistas do mundo globalizado e constantemente violadoras de direitos trabalhistas e sociais?

Além do problema de incerteza e insegurança, as teorias jusnaturalistas encontram ainda um outro obstáculo nem sempre superado pelo direito natural: a efetividade.

Ainda que exista, hipoteticamente, um consenso acerca de em eventual direito natural, a sua eficácia dependeria da conduta voluntária e espontânea de cada indivíduo. Isso porque, em caso de descumprimento, falta-lhe o atributo da coercibilidade, da possibilidade de se exigir o cumprimento forçado, ou mesmo da aplicação de uma sanção em caso de violação.

Embora seja inegável que o Direito existe independentemente de coação, nos casos em que é regularmente observado e cumprido, segundo Miguel Reale (2006, p. 47/48), a coercibilidade, como uma coação em potencial, é o que traz a garantia de cumprimento da norma, permitindo a execução forçada quando se mostrar necessário. A força da coercibilidade seria, ainda segundo o autor, advinda do caráter heterônomo do

Direito, visto como um dever-ser imposto por um terceiro, no caso o Estado, não havendo necessariamente de florescer dentro do indivíduo espontaneamente.

Não possuindo a força da coercibilidade, o direito natural estaria mais próximo das normas morais do que das jurídicas, sempre a depender do cumprimento espontâneo.

Como então impor, dentro do sistema capitalista neoliberal no mundo globalizado, direitos naturais cujo conteúdo é indeterminado, não positivados e sem possibilidade de coação? No cenário atual, conforme abordaremos no decorrer do trabalho, há dificuldade até mesmo de efetivação do que já está positivado, quiçá de um direito natural fruto da racionalidade.

Conforme abordado no tópico anterior, neste mesmo capítulo, há até a discussão se, de fato, o direito natural seria parte do Direito, ante a ausência do atributo eficacial.

Ora, as duas principais finalidades do Direito são a pacificação social e o estabelecimento da segurança. Se, por ser ineficaz, o direito natural não consegue estabelecer a pacificação em situações conflituosas, e, por possuir conteúdo indeterminado, passa ao largo da segurança jurídica, havemos de refletir se, de fato, seria direito em sua acepção objetiva.

Independente de tal discussão, podemos afirmar, com toda certeza, que a invocação das teorias jusnaturalistas se mostraram insuficientes para a proteção de direitos fundamentais no decorrer da história, e não será ela capaz de impor o equilíbrio entre o sistema capitalista e os direitos básicos sociais e individuais.

Basta pensar em certas famosas disputas, entre elas: se o estado de natureza é de paz ou de guerra, ideia que Pufendorf disputava com Hobbes; ou se o instinto natural fundamental é favorável ou contrário à sociedade, que separava Hobbes de Grócio; ou se o homem natural é fraco e inseguro, como queria Pufendorf, ou forte e seguro como queria Rousseau; ou se a lei natural é comum aos homens e aos animais, como afirmava Ulpiano, ou é própria unicamente dos seres racionais, como dizia São Tomás. Pensemos também na variedade de opiniões sobre o conteúdo da lei natural fundamental, que para Hobbes era a paz, para Cumberland a benevolência, para Pufendorf, a socialidade, para Thomasius, a felicidade, para Wolf, a perfeição, para a doutrina escolástica, uma mera proposição formal, *bonum faciendum male vitandum*, preenchível com qualquer conteúdo. (...) É preciso confessar que, se um dos ideais de uma sociedade juridicamente constituída é a certeza, uma convivência fundada sobre os princípios do direito natural é aquela na qual reina a máxima incerteza. Se a característica de um regime tirânico é o arbítrio, aquele regido pelo direito natural é o mais tirânico, porque esse grande livro da natureza não fornece critérios gerais de avaliação, e cada um lê a seu modo (Bobbio, 2016, p. 204).

A noção de natureza, e dos direitos dela decorrentes de forma independente do ordenamento positivo é tão equívoca, que poderiam (como foram) ser considerados como naturais direitos diametralmente opostos.

O desacordo sobre o ponto de partida repercute na resposta que os jusnaturalistas deram à pergunta: quais direitos ou instituições devem e quais não devem ser considerados naturais? Uma lista completa das opiniões sobre esse assunto poderia constituir, como muitas vezes foi observado, o fascinante tema de um novo elogio da loucura. Não há nenhuma afirmação de correspondência à natureza deste ou daquele direito a qual não se possa opor o reconhecimento da correspondência à natureza do direito contrário. Tampouco o direito de liberdade escapou a essa aventura. Para os jusnaturalistas modernos, a liberdade, entendida como independência, com frequência foi considerada um direito natural, até que Kant fez dela o direito natural fundamental. Aristóteles, ao contrário, considerava perfeitamente natural também a escravidão, porque a natureza tinha feito que houvesse homens naturalmente senhores e homem naturalmente escravos. Essa natureza, portanto, era tão condescendente que permitia, por um lado, que os teóricos do Estado liberal exaltasse a naturalidade da liberdade, e que um filósofo de uma sociedade que possuía escravos justificasse a naturalidade da escravidão (Bobbio, 2016, p. 204/205).

Trazendo para um passado mais recente, Eros Roberto Grau (2021, p. 25), narra episódio no qual resta evidente a insegurança jurídica que pode advir da ponderação de interesses distintos ligados a direitos naturais no caso concreto:

Do STF lembro o HC 82.424-RS (o chamado “caso do livro antissemita”), a evidenciar o quanto a ponderação compromete a segurança jurídica. Os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso da regra da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões opostas: (i) Marco Aurélio - restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável; logo, não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição; (ii) Gilmar Mendes - a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de se coibir a intolerância racial e de se preservar a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional; logo, permitida pela Constituição.

A essa altura, o leitor já pode estar se perguntando como defendemos a construção do capitalismo dentro dos limites constitucionais a partir do Poder Judiciário¹, se nem mesmo os membros da corte maior possuem uma posição unânime acerca do conteúdo de direitos fundamentais, tidos por alguns como naturais e hoje positivados.

Para tanto, traçaremos no capítulo 6, as balizas para tal construção por meio do consequencialismo, e com apoio no sistema de precedentes, sempre com vistas à despersonalização das instituições. Ou seja, firma-se o entendimento da corte, que não

¹ No decorrer deste trabalho, sempre que nos referirmos ao Poder Judiciário, o faremos nos referindo à atividade judicante exercida pelos seus membros, optando pela expressão em questão para reforçar o caráter institucional, em detrimento da pessoalidade de seus membros.

será sempre, necessariamente o da maioria dos membros quando da mudança de composição. A “vontade” da corte judiciária é muito mais do que a soma da vontade individual dos membros que a compõem. Explanaremos melhor esse tópico oportunamente.

Retomando a crítica à insegurança jurídica decorrente das teorias jusnaturalistas, além daquela mencionada decorrente do conteúdo do que seria natural, há ainda um aspecto valorativo, como bem destaca Bobbio, em passagem cuja transcrição merece destaque:

Na passagem da constatação de fato para a prescrição de uma regra, foram introduzidos sub-repticiamente valores não declarados; ao mesmo fato do qual se pretende dar uma descrição pura e simples - por exemplo, a natureza humana - antes já foi atribuído um valor positivo. Como exemplo do primeiro procedimento, lembremos Hobbes, que descreve o estado de natureza como um estado de guerra perpétua, para depois tirar dessa descrição a lei natural fundamental: a paz deve ser buscada. Mas ele realmente extraiu uma prescrição de uma descrição? Na realidade, introduziu alguns juízos de valor como os seguintes: “a guerra é um mal”, ou “a vida é o valor supremo”, e é desses juízos de valor, e não do juízo de fato, que deduzem a lei natural fundamental. Que a paz deva ser buscada com todos os meios, essa não é a consequência do juízo de fato “o estado de natureza é um estado de guerra”, mas sim do juízo de valor “o estado de guerra é um mal”. Quanto ao segundo procedimento, referimo-nos à doutrina não menos célebre de Spinoza, para quem cada um tem tanto direito na natureza quanto tem de potência, por isso, é justo porque é natural que o peixe grande coma o pequeno. Que o direito corresponda à potência natural deriva de atribuir à natureza um valor positivo, ou seja, do juízo de valor segundo o qual a natureza é boa, e tudo o que ela faz é bom. Em outras palavras, deriva de substituir o significado descritivo de “natureza”, entendida como equivalente a tudo o que acontece, por um avaliativo, equivalente a tudo o que, à medida que acontece, e pelo simples fato de acontecer, é bom (Bobbio, 2016, p. 208/209).

Assim, o caminho para se chegar ao direito natural envolveria um juízo de fato, a fim de se identificar se um determinado evento seria ou não natural. Porém, tal análise, por si só, seria insuficiente, exigindo-se que, concomitantemente, se fizesse um juízo de valor sobre o mesmo evento, a fim de tê-lo como bom ou ruim. Por isso, ainda que houvesse um consenso quanto ao conteúdo do que seria natural, isso não implicaria, necessariamente, em unanimidade quanto ao segundo juízo, de valor.

Esse desacordo acontece porque o julgamento de que um evento é natural é um julgamento de fato, enquanto o de que o mesmo evento é bom é um julgamento de valor. E, quando duas pessoas estão de acordo sobre um fato, não é certo que estejam de acordo também sobre o valor que atribuem a ele. Disso se segue que, mesmo que todos os jusnaturalistas de todos os tempos estivessem de acordo em considerar como naturais certas tendências em vez de outras, ou seja, sobre os fatos a considerar como naturais (e vimos que isso está bem longe de ter acontecido), não teria derivado daí, necessariamente, um acordo também sobre a avaliação dessas tendências como justas ou injustas. Contudo, para se poder falar da validade e, portanto, da utilidade de

um sistema de direito natural, que é um sistema de avaliação, é preciso não mais a primeira forma de acordo, mas a segunda (Bobbio, 2016, p. 210).

Nessa avaliação valorativa acerca do certo e errado, do bom e do ruim, do justo e do injusto, Kelsen (1981) questiona: afinal, o que é a justiça, trazendo à tona a relatividade quando estamos diante de um julgamento de valores.

O problema aparece quando surgem interesses conflitantes. E só onde existem estes conflitos é que a justiça se manifesta como um problema. Se não houver interesses conflitantes, também não há necessidade de justiça. O conflito é gerado quando um interesse pode ser satisfeito exclusivamente às custas de outro ou, o que dá no mesmo, quando dois valores entram em conflito e não é possível tornar ambos efetivos, quando só um pode ser realizado enquanto o outro é adiado, ou quando é inevitável ter que se inclinar para a realização de um e não do outro, decidindo qual valor é mais importante, o que, portanto, estabelecerá o valor supremo. O problema dos valores é, acima de tudo, um problema de conflito de valores. Problema que não pode ser resolvido através do conhecimento racional. A resposta ao problema colocado é sempre um julgamento que, em última análise, é determinado por fatores emocionais, revelando, portanto, um caráter altamente subjetivo. Isso significa que é válido apenas para o sujeito que formula o julgamento, sendo, nesse sentido, relativo (Kelsen, 1981, p. 21/22).

O autor menciona alguns desses conflitos, como o valor da vida em uma situação de guerra. Prevaleceria o interesse individual sobre a própria vida ou a defesa da nação?

Outro dilema colocado é a situação de um escravo ou prisioneiro de guerra, sem chance alguma de fuga. O suicídio seria moralmente aceito? O que seria hierarquicamente superior, a vida ou a liberdade?

Um médico, ao examinar o paciente, e descobrir que este tem pouco tempo de vida, em razão de uma doença grave e incurável, deve fazer prevalecer a verdade ou a compaixão?

Suponhamos – o que não significa afirmar – que seja possível demonstrar que os chamados planos económicos podem melhorar a situação do povo de tal forma que a estabilidade económica individual esteja assegurada, e que tal estabilidade somente seja viável graças à renúncia à liberdade individual ou, pelo menos, a uma limitação considerável dessa liberdade. A resposta à questão do que é preferível, se um sistema económico livre ou uma economia planificada, dependerá então de decidirmos sobre o valor da liberdade individual ou o valor da segurança económica. Uma pessoa com fortes inclinações individualistas deve preferir a liberdade individual, enquanto outra que sofre de certo complexo de inferioridade deve favorecer a segurança económica. Isto significa que quando confrontados com a questão de saber se a liberdade individual é um valor mais elevado do que a segurança económica ou se a segurança económica é um valor mais elevado do que a liberdade individual, só é possível dar uma resposta subjetiva: em nenhuma circunstância haverá julgamento objetivo, como o que afirma que o aço é mais pesado que a água, e a água é mais pesada que a madeira. Nestes casos, trata-se de julgamentos de realidade, verificáveis experimentalmente, e não de julgamentos de valor que não estão sujeitos a tais verificações (Kelsen, 1981, p. 29/30).

Trata-se da já mencionada diferença, de se chegar ao conteúdo daquilo que é natural, e de se definir um juízo de valor sobre a natureza. E, em especial sobre esse conflito entre uma economia segura e a liberdade individual, nós voltaremos a falar mais adiante, ao adentrarmos nos efeitos do neoliberalismo.

O que podemos concluir é que todas as respostas passarão por um critério subjetivo, e poderão sofrer variações conforme observemos alterações de tempo e espaço.

A racionalidade sempre parece buscar uma relação de meio e fim, porém, nem sempre é possível apontar com precisão quais os meios adequados para se atingir um determinado fim. Precisamos ainda analisar se o fim almejado justifica a utilização daquele determinado meio.

Por exemplo, podemos afirmar que a democracia é uma forma de governo justa quando o fim supremo almejado é a liberdade individual. Mas, se outro for o fim, talvez se faça necessária uma outra forma para atingi-lo.

No capítulo 4 do presente trabalho deixaremos isso ainda mais evidente, ao tratar do surgimento, em especial em países de desenvolvimento tardio, das democracias iliberais, com exclusão de parte significativa da população do crescimento global, e as mazelas decorrentes dessa marginalização.

Ainda que superados os obstáculos mencionados, e coincidentes os juízos de fato e de valor, com entendimento do que seria um evento natural e, além disso, se ele seria justo ou injusto, bom ou ruim, teríamos uma terceira barreira a transpor, relacionada a questão temporal já mencionada anteriormente. Afinal, não é possível afirmar que um evento tido como natural e justo em determinado momento também o seria em época distinta, conforme exemplificamos no início deste tópico.

Assim, as teorias jusnaturalistas se mostraram insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais, e entendemos que a sustentação de tais direitos frente ao sistema econômico com invocação tão somente do direito natural, torna a proteção extremamente frágil, diante do tamanho da insegurança, incerteza e inefetividade inseparáveis de tais teorias.

Ao fim da Revolução Francesa, e com a elaboração do Código Napoleônico, tinha início uma nova era, fundada na crença de que seria a lei a projeção escrita dos direitos naturais, aproximando os conceitos de “direito” e “lei”.

“(...) os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos” (Barroso, 2001, p. 15/16).

Com a onda de a positivação do direito natural, há, em um primeiro momento, a sua superação histórica, enaltecedo os teóricos as virtudes da lei positivada, tida como a concreção do justo. “A ideia do direito natural completa-se, desse modo, com a realidade de sua existência positivada, com o que se supera, perdendo o sentido original” (Vasconcelos, 2002, p. 100).

É evidente que as regras de direito precisam apontar algum conteúdo ético, dizer se o aborto é permitido ou proibido, qual a alíquota do imposto ou se a pena de morte é legal. A vitória do positivismo na sociedade complexa resulta, exatamente, de ter colocado esse conteúdo ético como resultado do procedimento: determina-se a autoridade competente - por exemplo, votam todos os maiores de 18 anos, o Senado decide sobre a destituição de um presidente da República - e o rito de criação do direito - por exemplo, haverá duas sessões da Câmara que decidirá por maioria igual ou superior a cinquenta por cento dos presentes ou da totalidade dos membros – e justo será aquilo que decidirem.

Assim começa o juspositivismo, com aceitação do princípio da maioria e todas as suas vantagens pragmáticas, que viriam também com as desvantagens da incerteza que levariam, posteriormente, à criação das maiorias qualificadas e das cláusulas pétreas, dentre outros mecanismos para frear a inconstância das massas, que John Locke tanto temia. Nos seus primórdios, com a Escola da Exegese, o juspositivismo não se opunha tão abertamente ao jusnaturalismo, o que só se manifestaria mais tarde. De toda maneira, o domínio da filosofia do direito natural e sua ética já tinham passado à história (Adeodato, 2023, p. 106).

Em que pese tal superação, na tentativa de equilibrar as bases do sistema capitalista com os direitos fundamentais, a teoria do capitalismo humanista (Sayeg; Balera, 2011) propõe a visão de um sistema capitalista com raízes na solidariedade.

Embora o fim almejado seja louvável, e é o mesmo que buscamos nessa pesquisa, entendemos que o caminho escolhido, pelos meios utilizados, não seria o mais adequado, de forma que apresentamos solução diversa, convergente ao mesmo objetivo.

Para reger juridicamente a economia e o mercado devemos partir de um novo marco teórico, que se estabelece antropologicamente no amor de Jesus Cristo, que nos uniu e nos leva ao encontro de Deus. Por amor, Deus deu a vida ao homem e ao mundo - Jesus Cristo, o caminho, a verdade e a vida. Somos irmãos e estamos conectados a tudo e todos. O Papa Bento XVI afirma: “o amor a Deus e o amor ao próximo estão agora verdadeiramente juntos”. Esta é a Lei Universal da Fraternidade, que nos conduz com liberdade e igualdade para a democracia e a paz (Sayeg; Balera, 2011, p. 54).

Conforme demonstrado, as teorias jusnaturalistas se mostraram insuficientes na proteção dos direitos fundamentais, e a ausência de universalidade é um dos principais entraves até hoje na busca de uma teoria universal acerca dos direitos humanos.

O capitalismo humanista, além de fundado no direito natural, o faz em sua vertente teológica, invocando ensinamentos de Jesus Cristo e a fraternidade por ele pregada.

Entendemos, entretanto, que o direito, em uma sociedade complexa, não pode estar atrelado à religião, qualquer que seja ela, o que seria o primeiro passo para a ausência de universalidade. Regras morais, de cunho religioso, são variáveis de acordo com a fé, e extremamente subjetivas.

Em que pese a identificação de alguns elementos típicos do jusnaturalismo teológico ainda nos dias de hoje, em argumentos apresentados em discussões sobre temas como aborto, divórcio e casamento homoafetivo, entre outras, entendemos que a proteção deve se dar em âmbito de maior concretude, afastando-se da ideia do direito natural presente na vontade divina, exposta, por sua vez, por representantes religiosos sob tal fundamento.

Ao trazermos para o campo jurídico argumentos baseados na fé em dogmas nem sempre aceitos por toda a sociedade, dá-se margem à violação até mesmo de direitos fundamentais como a vida e a liberdade, em nome de um deus maior, seja ele qual for.

A invocação ao direito natural e aos ensinamentos de Jesus Cristo seria, no atual momento, até mesmo desnecessário, pois a adoção do sistema capitalista, mas com vistas à existência digna de todos, já consta positivada expressamente em nossa Constituição.

Porém, ao contrário do que se poderia imaginar em um primeiro momento, a mera positivação de direitos também se mostrou insuficiente com o passar do tempo, o que passamos a analisar no próximo capítulo.

2 O DIREITO CIRCUNSCRITO A ELE MESMO

2.1 O único caminho correto ou um mapa com vias alternativas?

Assim como fizemos na análise das teorias jusnaturalistas, temos como premissa para o estudo do juspositivismo a divisão em 3 níveis: linguagem-objeto, metalinguagem e meta-metalinguagem, sendo que a nossa análise dar-se-á nesse último, ou seja, abordaremos como se deu a relação entre as principais teorias juspositivistas e o direito, em especial no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Em razão do objetivo do presente trabalho também não trataremos de todas as teorias juspositivistas, o que demandaria um trabalho específico para tanto, de forma que trataremos das principais, não no sentido de melhores, mas sim de maior aceitação, sem problematizar, mas apenas demonstrando a insuficiência do juspositivismo na proteção dos direitos, em especial pelo distanciamento, muito comum, entre o texto normativo e a realidade fática.

Com a positivação de leis, decorrentes do reconhecimento dos direitos naturais, conforme abordado no capítulo anterior, passou-se a enxergar no direito positivado uma segurança e solidez muito maior do que havia no direito natural não materializado em normas escritas, decorrentes do conhecimento que ter-se-ia da norma de forma prévia, bem como das consequências para o caso de sua violação.

Já nesta época, a doutrina alemã ataca o jusnaturalismo, e o Positivismo Jurídico ganha força.

Hans Kelsen, no início do século XX, começa a solidificar o Positivismo Jurídico, com sua Teoria Pura do Direito, ao mesmo passo em que o cientificismo avança em várias áreas do saber, forçando o Direito a uma sistematização, para que pudesse então ter seu espaço de abrangência delimitado e independente de outros ramos científicos.

Em que pesem as críticas que faremos ao juspositivismo, inegável o avanço do Direito como um sistema lógico, e que passa a dar as respostas para os problemas dele decorrentes dentro do próprio sistema, sem socorrer-se de uma ética imutável e

universal baseada na natureza ou na vontade de Deus. A solução passa a ser encontrada internamente, o que é imprescindível para o reconhecimento do Direito como uma ciência.

Em sua primeira vertente, legalista, adota na Escola da Exegese, o juspositivismo estabelece a aproximação entre os significados de direito e lei.

A lei, produto de trabalho racional, traria consigo a ideia do que é justo, pelo simples fato de ser oriunda da maioria da sociedade, por meio de seus representantes eleitos, ainda que o sufrágio universal tenha sido uma conquista progressiva de décadas.

O juiz teria o seu papel reduzido a um simples aplicador da lei, por meio de uma única interpretação possível. Se houvesse divergência entre 2 juízes, por certo seria oriunda de erro de um deles, pois a lei somente teria uma única aplicação correta e possível.

A decisão judicial seria nada mais do que a mera subsunção entre o fato e o texto da norma, em simples silogismo: Todo grego é europeu. Sócrates é grego. Logo, Sócrates é europeu.

A lei traria a previsão de uma consequência B para a ocorrência de um fato A. Vindo a ocorrer o fato A no plano concreto, o juiz não teria outra saída, uma vez provocado, que não a aplicação da consequência B.

Apesar das reconhecidas falhas desse sistema, as quais mencionaremos logo adiante, inegável sua presença como ponto de partida de aplicação do direito até os dias de hoje.

Além disso, pela primeira vez, os aplicadores e operadores do direito em geral, possuíam um método de trabalho lógico e sistemático, afastando-se das incertezas de um direito natural de conteúdo incerto sobrepondo-se ao direito positivo.

As críticas ao legalismo surgem, baseadas principalmente em 2 pontos: a) dificilmente a interpretação de um texto, qualquer que seja ele, será única; b) o direito não é produzido tão somente através da lei, mas também nas sentenças, nos contratos e nas decisões judiciais, dentre outros instrumentos.

Concordamos com ambas as críticas.

O famoso adágio segundo o qual “na claridade cessa a interpretação” é inverídico, pois mesmo nos textos mais simples, o processamento da informação, com extração do significado daquilo que se está lendo, é uma atividade interpretativa.

O significado não é a realidade que ele designa, mas a representação do entendimento daquele que emprega o signo, ou de quem o interpreta, e nem sempre de forma coincidente. O significante é o veículo do significado, que é o que se entende quando se usa o signo, é sua parte sensível, e esta definição se estende as diversas linguagens.

Sobre a importância da interpretação no direito contemporâneo, ensina Adeodato (2020, p. 197/198).

Sugere-se aqui, então, que, com a crescente complexidade social, o texto e a norma estão cada vez mais claramente distintos, isto é, ocorre uma maior dissociação entre texto “original” e consequentes desdobramentos. De certa forma, mesmo a escola da exegese não os confunde necessariamente, ainda que considere a distinção um “defeito”, quando admite que há textos que precisam de interpretação; o ideal é a “clareza”, pois *in claris cessat interpretatio*. Ocorre que, em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, como o que os primeiros positivistas exegetas tentavam descrever, há um acordo muito maior sobre a conotação e a denotação do texto diante do caso concreto; as opiniões variam muito menos sobre o significado de expressões como “atentado ao pudor” ou “mulher honesta”. Agora, na sociedade contemporânea, a variabilidade é bem maior, seja em relação aos utentes (sujeitos do discurso), seja em relação aos contextos dos fatos jurídicos. Daí a crescente importância do caso concreto e de como estabelecer conexões com os textos e procedimentos previamente estabelecidos.

A mencionada complexidade social é analisada na obra de Luhmann (2016, p. 745), como fruto da grande variedade de instituições, estruturas sociais, relações interdependentes e sistemas de valores. Em uma sociedade complexa, existem múltiplos grupos sociais com diferentes identidades, interesses e perspectivas, e as interações entre esses grupos podem ser dinâmicas e interconectadas.

Além disso, uma sociedade complexa tende a ser caracterizada por uma divisão complexa do trabalho, especialização econômica e uma rede elaborada de instituições políticas, sociais e culturais. Ela também pode incluir sistemas de comunicação e tecnologia avançados, que facilitam a interação e a interdependência entre os membros da sociedade.

Diante da mencionada complexidade, a interpretação única de um texto é quase que uma utopia, sendo natural a diversidade de interpretações de uma mesma norma jurídica.

Há, ainda, o problema decorrente da não coincidência de significado jurídico e comum para um mesmo vocábulo.

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Este uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, isto é, a sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nestes termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Este sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos. (Ferraz Jr., 1995, p. 255).

O autor menciona, para exemplificar, o termo “parente”, que, no sentido empregado pela legislação, abrange as pessoas que descendem umas das outras, ou de um tronco comum, limitada, esta última espécie, até o parentesco de quarto grau, de forma que muitas pessoas de nosso convívio, tidas como “parentes”, tecnicamente não o são.

Poderíamos mencionar ainda o uso da expressão “juiz incompetente” pela legislação processual, que não carrega o significado de inaptidão, mas apenas uma forma de organização do sistema judiciário.

A Escola da Exegese valia-se, exclusivamente do método gramatical de interpretação, sem levar em conta a sistematização, como se o texto de uma norma trouxesse em si uma certeza e uma verdade absolutas, e fosse desprovido de qualquer possibilidade de ambiguidade, obscuridade, vagueza ou porosidade em seus termos linguísticos.

É sabido que a estrutura científica proposta por Kelsen foi objeto (e ainda o é) de muitas críticas, por servir de fundamento para a instituição de Estados totalitários, tese defendida, inclusive, pelos algozes no tribunal de Nuremberg.

No período subsequente à II Guerra Mundial, os olhos voltam-se ao jusnaturalismo e os valores morais pregados por tal movimento.

Na verdade, tratava-se de uma saída para os problemas que se apresentavam, e a necessidade de retomada estatal, que culminou na criação da ONU e nesse revigoramento jusnaturalista, porém com uma nova feição, a considerar o direito natural mais como um fator histórico, em detrimento da imutabilidade e universalidade outrora defendidas.

Em que pese a rígida separação entre direito e moral proposta pelos juspositivistas, o esvaziamento de valores morais no direito positivo por certo o torna suscetível de uma crise tamanha, a ponto de poder levá-lo à derrocada.

O positivismo jurídico não exclui a importância dos méritos da lei, mas preocupa-se muito mais com a legitimação pelo procedimento. Os valores de ética e justiça não determinam, por si só, se existem leis ou sistemas legais, dependendo estes da presença de estruturas de governança, e não do grau de satisfação dos ideais de justiça.

O fato de uma medida, qualquer que seja ela, ser justa ou eficiente, não é razão suficiente para ser a mesma elevada ao patamar de lei, da mesma forma que uma lei trazer consigo a injustiça ou a ineficiência não é razão suficiente para retirar-lhe o atributo de norma. Para o juspositivismo, o direito é uma questão do que foi posto, e a lei, uma construção cultural.

Por isso, muitas críticas sobre o juspositivismo decorrem da separação entre direito e moral. O direito tem muitas finalidades importantes na busca pela realização de uma vida cada vez melhor a todos, na valorização do Estado de Direito e na moralização (no sentido de ser influenciado pela moral) da linguagem do direito e de sua aplicação, e tais funções não residem na fonte do direito, mas sim em sua capacidade e eficiência na promoção do bem comum e na garantia dos direitos fundamentais. Partindo dessa premissa é que nos capítulos 6 e 7 trataremos do papel do Poder Judiciário no atendimento dessas finalidades.

Segundo a corrente normativista, capitaneada por Hans Kelsen, a lei estabeleceria os limites para a criação do direito por meio das decisões ou contratos, como a moldura de um quadro, cujo conteúdo seria preenchido no caso concreto, sem nunca extrapolar as molduras delineadas.

No caso de um homicídio simples, por exemplo, tipificado no artigo 121 do Código Penal, com previsão de pena de reclusão de 6 a 20 anos, o magistrado não poderia, no caso concreto, aplicar uma pena de 2 ou de 30 anos, pois estariam fora da moldura traçada, mas poderia flutuar entre os limites mínimo e máximo, de acordo com a análise das circunstâncias, também previstas em lei, no artigo 59 do Código Penal.

Posto isso, o normativismo passa a trabalhar com a multiplicidade de fontes (de onde se origina) do direito, em substituição à outrora fonte única que era a lei. A lei, como fonte, é substituída pela ideia de norma.

Além disso, há uma separação em norma jurídica geral, prevista abstratamente, e norma jurídica individualizada, ou concreta, aplicada a determinado caso específico.

A norma, como um mapa que pode nos levar à proteção dos direitos fundamentais no sistema capitalista, não trará um único caminho a ser seguido, mas possibilitará a utilização de rotas alternativas para se atingir o mesmo fim.

A crítica, porém, reside na discricionariedade e arbitrariedade que muitas vezes se fazem presentes.

Diante da ambiguidade e vagueza de termos utilizados, travestidos de cláusula geral, pode-se decidir qualquer coisa. Por exemplo, com base na dignidade da pessoa humana, norma constitucionalmente prevista, o magistrado pode aplicar a pena máxima a um delinquente, pensando na preservação da segurança da sociedade, e na violação dos direitos da vítima do delito, ou, levando em conta as condições do sistema carcerário, e também com vistas à dignidade, agora do agressor, aplicar a pena mínima.

Lopes (2023, p. 300) faz interessante analogia, com uma exposição, em uma grande sala, com três quadros. Uma primeira visão, da porta da sala, seria da sala em sua totalidade, com os três quadros ao fundo irradiando suas cores; em uma segunda fotografia, já mais próxima dos quadros, poder-se-ia notar um padrão para a definição das cores, e, por fim, numa visão bem próxima descobre-se que as cores resultam de um carimbo datador para cada dia do século XX.

A caminhada (longe-perto) não deixa de ser um exercício visual para o trânsito do abstrato para o concreto, do geral para o individual, movimento que se revela nas traduções da vida por meio das quais o direito se expressa. (...) A analogia com o direito é fácil, portanto. Há sempre um descerrar da facticidade em cada percurso da construção normativa (seja a elaboração da Constituição no processo constituinte, seja da lei, do ato administrativo, da condução do processo que pode levar à decisão e, também, à execução). Os protocolos vários submetem-se à miscelânea do processo aplicativo. Se olharmos de longe, é possível enxergar um conjunto de normas a regular as vidas, a prever sanção, a estabelecer ritos e/ou procedimentos. Se olharmos de perto, vemos a cotidianidade e a contingência em todos os roteiros do direito. Vemos o dia após dia, cada um com seu colorido. Vemos a abertura para o preenchimento do intérprete no processo de aplicação. Preencher com os fatos. Preencher com sentido os vazios que vêm da generalidade das regras. Na dialógica dos processos de tradução pelo direito, os protocolos se transformam em vivência. (Lopes, 2023, p. 302/303).

E conclui:

Isso está entre os motivos para uma reação bem nervosa que tenho diante da menção generalizadora de ideias como a de direito oficial ou de qualquer outra que pareça abster-se da consideração da facticidade em que o direito aplicado se transfunde, quando se leva em consideração o fenômeno jurídico em sua complexidade, preenchido de várias etapas, produzido a partir de múltiplas situações que vão se amoldando temporal e espacialmente. Não há, portanto, um direito oficial como um dado no absoluto. É sempre uma composição. É sempre um construído. E depende da interpretação. (Lopes, 2023, p. 303).

Isso sem falar nas situações em que o Poder Judiciário, acaba por criar o direito fora da moldura legislativa, em prática conhecida como ativismo judicial, como na descriminalização do aborto do feto com anencefalia, na permissão do casamento homoafetivo, no reconhecimento do parentesco com base em laços afetivos, e em discussões ainda em pauta sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo e do aborto de forma genérica.

Hoje, com a força dada aos precedentes judiciais dito qualificados, como a súmula vinculante, e a decisão em sede de repercussão geral no STF ou recursos repetitivos no STJ, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito de todos os tribunais de segunda instância, não há qualquer dúvida que temos uma pulverização das instâncias criadoras do direito.

No decorrer deste trabalho, utilizaremos o termo precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2021, p. 565). É um evento passado que orienta decisões subsequentes em circunstâncias semelhantes. São razões que levaram a decisões anteriores e que servem como padrões para julgamentos futuros, tendo como base uma razão prática intrínseca ao ser humano, que consiste em utilizar lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro.

Nos dizeres de Alvim e Dantas (2015, p. 259), a adoção do sistema de precedentes remete à ideia de autopoiese. É dizer que o “direito é um sistema que se auto nutre: assim, acórdãos citam precedentes, e, assim, se legitimam”.

Para podermos aprofundar algumas questões presentes no sistema jurídico pátrio, e a solução proposta, precisamos, por ora, abordar as vertentes escandinava e estadunidense do realismo jurídico, e da forma de aplicação dos precedentes judiciais neste último.

Ao descrevermos aquilo que é real, estamos a expor a nossa percepção da existência.

A identificação da realidade sempre foi uma das pretensões humanas mais persistentes no decorrer de toda a história, inclusive quando se fala de literatura, artes plásticas, cinema ou filosofia. E no Direito não seria diferente.

Subjacente à afirmação de que algo é realista está a ideia de que o algo traz em si características que reproduzem, fielmente, aquilo a que se propõe reproduzir. A relação de proporcionalidade direta do realismo de uma obra se estabelece com aquelas características que mais o aproximam do que o interlocutor tem, para si, como realidade (aspectos sociais, geográficos, culturais, políticos).

Mas como estabelecer a realidade? De que modo podemos afirmar que, aquilo que vimos, é o mundo real tal qual ele existe?

Por isso, a pretensão realista talvez esteja muito mais em reproduzir aquilo que foi observado, do que propriamente algo tido como realidade.

A tarefa de retratação é subjetiva, mas esta subjetividade deve ser conciliada com um compromisso de máxima objetivação da realidade. A objetivação, em termos simples, é um processo por meio do qual o pesquisador ou a artista pode dizer: “Está vendo? O que está aqui, na minha obra, é o que está ali, no mundo” (Pires, 2008, p. 45).

(...) podemos ensaiar uma distinção entre “Retrato do Papa Inocêncio X”, de Diego Velázquez, e “Study after Velázquez’s Portrait of Pope Innocent X”, de Francis Bacon. Embora as características dos quadros sejam bem destoantes, uma interpretação possível sustentaria que ambos os artistas registraram em suas obras traduções de elementos que eles identificaram no “mundo real”. Por outro lado, a maioria dos críticos ou condecoradores das artes plásticas consideraria realista somente a obra de Velázquez, que mimetiza os traços humanos, enquanto Bacon deliberadamente distorceu as feições do Papa Inocêncio X (Barros, 2021, n.p.).

No mencionado exemplo fica evidente a diferença entre realidade e realismo, pois ambos os artistas tratam da realidade, porém somente uma das obras é tratada como realista.

O grande problema é que o realismo parece estar mais na intenção do que propriamente no objeto, ou seja, no caso das obras mencionadas, estaria na vontade de traduzir, da forma mais fiel possível, aquilo que se vê. Claro que, nas artes plásticas, a intenção pode ser extraída da própria obra materializada, porém o mesmo não ocorre quando adentramos no campo da filosofia.

Ao falarmos do realismo na filosofia, precisamos ter em mente que dois filósofos podem olhar exatamente a mesma paisagem, tendo cada um sua própria visão acerca do objeto de análise, ou seja, cada um a sua realidade, pois, conforme já abordado, a realidade traz em si a subjetividade.

Alberto Caeiro, heterônomo de Fernando Pessoa, retrata a diferença entre a realidade e a ideia.

Não basta abrir a janela
Para ver os campos e o rio.
Não é bastante não ser cego
Para ver as árvores e as flores.
É preciso também não ter filosofia nenhuma.
Com filosofia não há árvores: há ideias apenas. (Pessoa, 2013, p. 92).

Não podemos também de deixar de mencionar, na simbologia pela busca da verdade, o mito da caverna de Platão.

Platão acreditava que a realidade que percebemos pelos nossos sentidos é ilusória e passageira, diferente da verdadeira realidade, eterna e imutável.

Na alegoria, as sombras que os prisioneiros veem na parede da caverna representam essa realidade ilusória. Embora eles acreditem que essas sombras são a realidade, isso apenas se dá por eles não possuírem nenhum conhecimento além das sombras. No entanto, quando um dos prisioneiros é libertado e sai da caverna, ele descobre um mundo completamente diferente. Esse mundo representa a verdadeira realidade.

O prisioneiro que sai da caverna representa um filósofo que busca a verdade e a sabedoria através da razão e do conhecimento. Ele percebe que a realidade que os outros prisioneiros conhecem é apenas uma representação da verdadeira realidade.

Além disso, Platão também usa esse mito para explicar a relação entre o mundo sensível (o mundo que percebemos pelos nossos sentidos) e o mundo das ideias (o mundo eterno e imutável das formas perfeitas). Segundo ele, as coisas que percebemos pelo mundo sensível são apenas imitações das formas perfeitas no mundo das ideias.

Daí a ligação, com o que falamos até agora, da diferença entre realidade e aquilo que subjetivamente temos por realidade, ou seja, a forma como a enxergamos.

Todas as teorias que descrevem ou tentam explicar o direito, trazem em si a preocupação de identificar a realidade e, apresentam como ponto de divergência, os retratos por cada uma delas produzidos nessa busca.

Quando tratamos do realismo na teoria e filosofia do direito, precisamos distinguir as duas principais escolas, quais sejam, a estadunidense e a escandinava, que apesar dos pontos em comum, que vão muito além da denominação “realismo”, apresentam também distinções importantes.

A partir da análise dos dois principais sistemas realistas, estabeleceremos a relação com o sistema de precedentes no Brasil e a como ele pode contribuir na proteção dos direitos fundamentais, o que trataremos de forma mais detalhada nos capítulos 6 e 7 deste trabalho.

O realismo estadunidense designa um grupo heterogêneo de juristas que visavam a reformar o ensino jurídico nos Estados Unidos da América e a destacar o papel do Judiciário na construção do direito; já o realismo escandinavo, também conhecido como Escola de Uppsala, promoveu a ideia de que o direito é um fenômeno psicossocial caracterizado, principalmente, pela irracionalidade do condicionamento social e pela força das autoridades.

Não se pode, entretanto, atribuir ao poder dos magistrados no sistema realista americano, a pecha do ativismo judicial. Isso porque, de modo geral, os realistas americanos visavam a apresentar uma descrição do papel de autoridades judiciais, não fomentar o desapego ao texto normativo. Por isso, engana-se quem enxerga no realismo americano uma teoria do vale-tudo jurídico, como se todo o arcabouço normativo de uma sociedade dependesse da boa ou má vontade de autoridades competentes para julgar casos que lhes fossem apresentados.

Em que pese o protagonismo exercido pelos membros do Poder Judiciário norte-americano, não decorre do mesmo o descarte do papel das regras jurídicas no processo decisório.

Llewellyn (2011, p. 40/41), por exemplo, reconhece a existência de muitas regras jurídicas claras e úteis, que permitem a predição das ações de juízes e juízas, além de regularem a própria interação de profissionais do direito. Mas o jurista também aponta a existência de enunciados jurídicos não tão claros, que são interpretados e instrumentalizados de diversas maneiras, sendo que essas práticas do âmbito jurídico moldam o significado daqueles enunciados mais ou menos obscuros. (Llewellyn, 2011, p. 44/45).

É nesse sentido que se pode afirmar que o direito é construído nos tribunais: não há uma liberdade plena ou um caos absoluto no âmbito jurídico, mas os profissionais encarregados de interpretar e instrumentalizar os enunciados legais de modo a adequá-los à consecução de um objetivo podem se deparar com casos nos quais o conjunto de textos a serem consultados não oferece uma resposta óbvia ou clara, havendo espaço interpretativo para que aqueles profissionais atribuam um significado.

A discricionariedade judicial não pode por si só resumir o realismo jurídico estadunidense, pois, apesar do papel determinante das decisões judiciais na formação do que se entende por direito, não circunscreve este àquela.

O realismo estadunidense apresenta um posicionamento contrário ao formalismo judicial, pois os espaços interpretativos no texto da norma dão base ao poder discricionário dos aplicadores, desembocando em uma questão empírica, de que os responsáveis pela interpretação e aplicação acabam então por dizer o que seria o direito, não de forma abstrata e geral, mas em cada caso concreto.

O reconhecimento dessa necessidade de interpretação, por vezes em um campo extremamente amplo, acabou por fazer nascer, entre juristas estadunidenses, um certo ceticismo em relação ao direito materializado no texto normativo.

Holmes Jr. (1897, p. 5), por exemplo, expressa o seu ceticismo na figura do “homem mau”. O jurista aponta a necessidade de banharmos com “ácido cínico” as concepções moralistas de “obrigação jurídica”, para que só reste o conceito mais preciso e útil aos juristas: a obrigação jurídica é determinada pela interpretação de juízes no que concerne às fontes normativas e aos precedentes sobre direito contratual, sendo tal interpretação a definidora das consequências advindas do desrespeito à uma obrigação jurídica.

Por isso, o estudo das interpretações judiciais sobre direito dos contratos, bem como sobre outras searas do conhecimento jurídico, seria essencial à desmistificação do direito. Esse tipo de estudo revelaria as informações almejadas por um “homem mau”, que é a figura utilizada por Holmes para sugerir a habilidade que advogados deveriam desenvolver: a capacidade de evitar que os seus clientes sejam processados ou de evitar que tenham de enfrentar sanções impostas pelo Poder Judiciário.

Para tanto, a perspectiva do “homem mau” seria especialmente útil, pois ele somente buscaria conhecer os elementos pragmaticamente relevantes de determinados

conceitos jurídicos, sem se importar com mistificações e moralismos que permeiam a literatura do direito. Por essa razão, o “homem mau” concederia grande importância às decisões judiciais, que delimitam o alcance dos conceitos jurídicos e revelam as consequências que esperam as pessoas que cometem certos atos ilícitos.

Se, por um lado, o ceticismo pode ensejar críticas à exacerbada discricionariedade conferida aos magistrados no exercício de interpretação do texto e criação do direito, é inegável, por outro, que os realistas produziram um poderoso argumento em prol da atenção dirigida à empiria no fenômeno jurídico, e o ceticismo se revela um convite e uma provocação ao estudo da interpretação realizada por autoridades, bem como do impacto que a atividade judicial produz nos conceitos tradicionalmente ensinados aos juristas.

O realismo jurídico escandinavo (Escola de Uppsala) é uma corrente teórica defendida por, dentre outros autores, Axel Hägerström, considerado seu criador, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross.

Embora mencionados autores tenham algumas divergências entre si, há 2 pontos comuns que merecem destaque: a crítica à metafísica no campo da teoria do direito, e a promoção de uma descrição do fenômeno jurídico pautada em elementos psicológicos.

Quanto ao primeiro ponto, os autores observam a presença de ideias jusnaturalistas na descrição teórica do direito.

A controvérsia entre o idealismo e o realismo na filosofia do direito se dissolve, necessariamente, em problemas fundamentais de epistemologia. No que a este tange, tudo que o filósofo do direito pode fazer indicar as linhas principais do fundamento filosófico que dá sustentação à sua teoria. Estou convencido, além disso, de que a metafísica desaparecerá gradualmente do campo do direito assim como quase desapareceu do domínio das ciências naturais: não tanto devido aos argumentos lógicos contra ela formulados, porém mas porque o interesse nas construções metafísicas desvanece paulatinamente na medida em que se desenvolve uma ciência regular que demonstra seu próprio valor. Quem hoje em dia pensaria em refutar a crença na pedra filosofal? Deixemos que os mortos enterrem os seus mortos. Por outro lado, compete à filosofia do direito executar uma crítica do idealismo em sua aplicação aos problemas teóricos do direito. Uma das grandes dificuldades do idealismo jurídico tem sido explicar como é possível que o ato de legislação, no seu caráter de fenômeno social, pode produzir algo que não sejam efeitos sociais, a saber, obrigações válidas de uma natureza a priori. Se o idealismo for tomado a sério, quer dizer, se com relação a certas regras ou ordenamentos, se lhes nega caráter jurídico porque não se harmonizam com um ideal pressuposto de justiça, isso conduzirá a uma limitação inconveniente do conceito de direito. Constitui princípio elementar de ciência a necessária definição de um objeto de acordo com qualidades objetivas e não de acordo com quaisquer avaliações. É irrelevante, por

exemplo, que as leis de Hitler contra os judeus ou certas leis estrangeiras que autorizam a poligamia sejam consideradas incompatíveis com a ideia do direito; resta ainda o cumprimento inescapável da tarefa prática de expor essas regras realmente efetivas em conexão com o sistema no qual ocorrem. Parece-me absurdo exprimir reprovação moral pela exclusão desses temas do domínio da ciência do direito. (...) Caso se intente debilitar a pretensão do idealismo dizendo que, em todo o caso, o direito positivo tem que consistir numa tentativa de realizar a justiça, isso introduzirá entre os fatos objetivos do direito um fator subjetivo de intenção de difícil explicação. As tentativas podem lograr êxito ou falhar. É a tentativa malograda também direito? A interpretação se afiguraria tão arbitrária quanto se alguém pretendesse sustentar que um cão constitui uma tentativa malograda de criar um gato. (Ross, 2021, p. 97/98).

A identificação de elementos metafísicos tinha por objetivo revelar como conceitos e ideias presentes nos textos normativos não remetem a fatos e elementos do mundo real.

Ao sustentarem que termos como “direitos” e “deveres” seriam desprovidos de referentes no plano dos fatos, os realistas escandinavos não pretendiam simplesmente argumentar que muitos conceitos jurídicos não se referem a coisas do mundo real. O verdadeiro objetivo dos autores é abrir portas para o segundo ponto já mencionado: a descrição do direito como um fenômeno psicológico e social (psicossocial).

A Escola de Uppsala apresenta o direito como um fenômeno formado pelo condicionamento social à obediência. Esse condicionamento seria revelado na ideia de dever: um indivíduo imerso em um contexto social vincula certas ações a uma força irresistível. Por exemplo: uma pessoa que, dirigindo o seu carro, avista um guarda de trânsito fazendo o sinal de “pare” é levada a encostar o automóvel, sem questionamentos. Há a vinculação entre certos signos (um texto legal, o gesto de uma autoridade etc.) e uma ação, como o dever de encostar o carro ou de entregar a coisa que foi objeto da obrigação decorrente de um contrato de compra e venda.

Esse dever, segundo os realistas, é experimentado como uma necessidade, como uma conduta da qual as pessoas em geral não podem escapar — na verdade, a maioria das pessoas não chegaria sequer a cogitar não realizar a conduta, em razão do condicionamento social que apresenta o direito como uma força irresistível.

A imperatividade do direito decorrente do condicionamento psicossocial também se relevaria na dimensão das relações privadas. Para os realistas escandinavos, por exemplo, o termo propriedade não se refere a um fato: a propriedade não é a coisa em si (um carro, um livro etc.), assim como ela não é o conjunto de consequências

decorrentes do respeito ao direito à propriedade (uma ação judicial, por exemplo). (Ross, 2004, p. 34/35).

De modo geral, os realistas concluem que direitos como a propriedade são elementos presentes nos discursos cotidianos que trazem, de forma subjacente, a crença em uma força irresistível que promove o dever de respeito ao domínio de certa pessoa sobre determinado objeto.

Tal visão é descrita por Alf Ross com a utilização do significante *tu-tu*, termo desprovido de qualquer significado, mas capaz de ditar o comportamento na primitiva tribo Aisat-naf:

Por exemplo, se um homem encontra-se com sua sogra, ou se mata um animal totémico, ou se alguém ingere alimento preparado pelo chefe surge o que é denominado “tû-tû”. Os membros da tribo dizem, ademais, que quem comete a infração se investe de “tû-tû”. É muito difícil explicar o que significa isso. Talvez o mais próximo de uma explicação seja dizer que “tû-tû” é concebido como uma espécie de força ou estigma perigoso que recai sobre o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. Por esse motivo, uma pessoa que esteja “tû-tû” tem que ser submetida a uma cerimônia especial de purificação. (...) Parece que essa palavra, a despeito de sua carência de significado, possui uma função a ser cumprida na linguagem cotidiana do povo. Os enunciados que incluem a palavra “tû-tû” se afiguram capazes de preencher as duas principais funções de toda linguagem: prescrever e descrever, ou, para ser mais explícito, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos. (Ross, 2004, p. 14/15).

Em outra passagem, o autor relaciona a carência de significado de “tû-tû” e a sua força prescritiva, com o direito:

Na linguagem jurídica encontramos, por exemplo, frases como: (1) caso se conceda um empréstimo, é gerado um crédito. (2) Se existe um crédito, sua soma total deve ser paga no dia do vencimento. O que é apenas uma maneira indireta de dizer. (3) Caso se conceda um empréstimo, sua soma total deve ser paga no dia do vencimento. O crédito mencionado em (1) e (2), porém não em (3), como “tû-tû”, obviamente não é uma coisa real: não é absolutamente nada, é simplesmente uma palavra, uma palavra vazia e desprovida de qualquer referência semântica. Do mesmo modo, nossa afirmação de que quem toma o empréstimo torna-se obrigado corresponde à afirmação da alegórica tribo de que a pessoa que mata um animal totêmico se torna “tû-tû”. Nós também, portanto, expressamo-nos como se algo houvesse cobrado existência entre o fato condicionante (fato jurídico) e a consequência jurídica condicionada. Esse algo é um crédito, um direito subjetivo que, tal como um agente intermediário ou um elo causal, provoca um efeito ou fornece a base para uma consequência jurídica. (Ross, 2004, p. 30/31).

Traçadas as principais (e de acordo com o objetivo desta pesquisa a intenção não é, e nem seria possível, esgotar o assunto) diferenças entre o realismo estadunidense e o realismo escandinavo, um ponto em comum merece destaque: ambos pertencem ao campo do juspositivismo, caso entendamos essa corrente teórica como a proposta que “define o direito com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no

tempo” (Dimoulis, 2018, p. 33), desvinculando o fenômeno jurídico de elementos metafísicos e imutáveis.

Com isso, o positivismo jurídico destaca o papel das decisões de autoridades na configuração do direito, incluindo tanto legisladores quanto magistrados, cujos atos de vontade criam fontes de direito e aplicam enunciados jurídicos já existentes.

Dimoulis (2018, p. 85/89) classifica o realismo estadunidense como uma espécie de juspositivismo, por considerar que os autores identificados com a referida vertente aderem à tese separação conceitual entre direito e moral — a tese segundo a qual o direito não precisa ser alinhado a determinados preceitos morais para que seja, verdadeiramente, direito. Além disso, é necessário destacar que os realistas estadunidenses conferem enorme importância à atuação das autoridades para a configuração do direito, o que permite considerá-los juspositivistas, apesar de divergências em relação aos normativistas, conforme já estudado.

Imaginemos que duas pessoas estão jogando xadrez, enquanto uma terceira observa. Se o observador nada conhecer de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém, não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição particular das peças sobre o Tabuleiro. Se o observador conhecer as regras do xadrez, mas além disso não conhecer muito a respeito da teoria do jogo, sua experiência sobre o jogo dos outros mudará de caráter. Compreenderá que o movimento “irregular” do cavalo é o prescrito para essa peça. Estará em posição de reconhecer os movimentos das peças em turno como movimentos prescritos pelas regras. Dentro de certos limites será capaz até de predizer o que acontecerá, pois sabe que os jogadores se revezam para executar um movimento, de que cada movimento tem que cair dentro do total de possibilidades permitidas pelas regras em qualquer dada disposição das peças. Mas, além disso, especialmente se os jogadores forem algo mais do que meros principiantes, muito do que ocorre lhe parecerá enigmático. Ele não entende a estratégia dos jogadores não enxerga os problemas táticos da situação. Por que, por exemplo, o jogador não toma com suas peças brancas o bispo? Para um completo entendimento do jogo é essencial um conhecimento não apenas das regras do xadrez como também um certo conhecimento da teoria do jogo. A probabilidade de ser capaz de predizer o próximo movimento aumenta se se leva em conta não somente as regras do jogo, mas também a teoria do jogo e a compreensão que cada jogador possui dessa teoria. Finalmente, também será necessário levar em conta o propósito alimentado por cada jogador no jogo. Supõe-se normalmente que um jogador joga para ganhar. Porém, há, igualmente, outras possibilidades (por exemplo, deixar que seu oponente ganhe, ou experimentar e pôr a prova o valor de um determinado movimento). (Ross, 2021, p. 38/39).

No que diz respeito aos realistas escandinavos, a razão para localizá-los nos domínios positivistas é semelhante àquelas referentes aos estadunidenses. A abordagem que leva ao entendimento do direito como um fenômeno psicossocial é baseada, como

visto, no condicionamento social. Parte essencial desse condicionamento é a obediência — frequentemente obediência *irrefletida* — às autoridades, que são vistas como fontes irresistíveis de dever-ser. O realismo psicossocial dos escandinavos também se desvincula de conceituações metafísicas do direito e, por essa razão, pode ser considerado um exemplo de produção juspositivista, cujo foco está no condicionamento social e na força (coerção e coação) das fontes normativas, das autoridades e da pressão social exercida e experimentada por todos e todas nós.

A incerteza que decorre das diversas interpretações possíveis do texto normativo feita por cada magistrado traz novamente os mesmos obstáculos enfrentados nos tópicos 1.1 e 1.2, aproximando o juspositivismo do jusnaturalismo, no que diz respeito à falta de clareza e certeza.

Por isso, ao defendermos a proteção dos direitos fundamentais como limites ao sistema capitalista por meio do Poder Judiciário, do consequencialismo e dos precedentes, como explicitaremos no capítulo 7, exige também uma série de contrapartidas, a fim de que as decisões reflitam uma decisão institucional, muito além da soma dos indivíduos que compõe o órgão decisório, as quais elencaremos na conclusão do presente trabalho.

2.2 Uma rota imaginária entre duas existentes

Problema ainda maior diz respeito a normas aparentemente contraditórias entre si, como no artigo 170 da Constituição Federal, objeto de estudo aprofundado no tópico 6.2.

Como equilibrar o direito de propriedade e a função social da propriedade? A livre iniciativa e a proteção do meio ambiente? A propriedade e os ditames da justiça social? O próprio sistema capitalista, fundado na propriedade e na livre iniciativa, com os direitos fundamentais de forma geral?

Em que pese o aparente conflito, são estes os limites impostos pelo próprio legislador. A propriedade privada é um direito fundamental, mas este direito é limitado pela função social. O capitalismo foi adotado como sistema econômico em nosso

ordenamento, mas com os limites impostos pelos ditames da justiça social, e da proteção dos indivíduos, especialmente dos mais vulneráveis.

O mercado, que tanto se beneficia da segurança jurídica, deve também a ela se submeter. Não devemos pensar apenas na análise econômica do direito, mas também na análise jurídica da economia.

Esse caminho, ponto de equilíbrio entre os extremos traçados, deve ser encontrado na aplicação da justiça em concreto, porém não podemos ficar à mercê da loteria judiciária de casos individuais. Precisamos firmar entendimentos, em precedentes judiciais, que assegurem a proteção dos direitos fundamentais.

Porém, para tratarmos do sistema de precedentes adotado no Brasil, e defender aquela que, do nosso ponto de vista, constitui a forma adequada, precisamos abordar, sem problematizar neste primeiro momento, o tratamento dado aos precedentes, e a sua evolução histórica, nos sistemas da common law e da civil law.

No Brasil, tradicionalmente, sempre se afirmou que apenas a legislação é considerada como a principal fonte do Direito, influenciado pelo positivismo jurídico. Como resultado, adotou-se o sistema jurídico conhecido como civil law, de origem romano-germânica, no qual a aplicação do direito é baseada principalmente na legislação positivada.

Como consequência direta desse sistema, o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu o princípio da legalidade, indicando a existência de um sistema jurídico fundamentalmente baseado na lei ao declarar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

De acordo com Donizete (2014, n.p.), derivam-se do enunciado duas funções essenciais: em primeiro lugar, proteger o indivíduo contra possíveis abusos ou arbitrariedades do Estado, legitimando apenas as imposições que estejam em conformidade com as leis previamente estabelecidas no ordenamento jurídico e, em segundo lugar, servir como um guia para a atividade judicial.

No entanto, é evidente que não se pode mais sustentar a ideia, nos dias atuais, da coesão de um sistema puramente legalista, ou seja, baseado exclusivamente na lei, como destacou Marinoni. Ele argumenta que "é equivocado imaginar que o stare decisis existe ou tem razão de ser apenas onde o juiz cria o direito" (Marinoni, 2016, p. 11). O autor continua explicando que, mesmo em países onde o sistema jurídico é

predominantemente do common law, o direito jurisprudencial puro é relativamente raro, sendo necessária a interpretação dos casos concretos em consonância com a própria lei.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, foram introduzidos no nosso sistema instrumentos que permitem aos juízes adotar ou aplicar, ao fundamentar suas decisões judiciais, outras decisões previamente proferidas em casos semelhantes que estejam em julgamento, buscando assim garantir previsibilidade e estabilidade do Direito, bem como tratamento igualitário aos jurisdicionados.

Portanto, é inegável que existe (ou pelo menos há uma tentativa) de aproximação entre os sistemas de civil law e common law, especialmente pela evolução do papel do juiz, que agora se transforma de um mero aplicador da lei para um intérprete de "regras abertas", considerando em certa medida as decisões anteriores em casos similares, mas retornaremos a isso no capítulo 7.

Desde a Idade Média, essas duas importantes tradições jurídicas têm competido entre as nações do Ocidente. Por um lado, a common law, que surgiu na Inglaterra no início do século XI, após a conquista normanda (1066); por outro lado, a civil law, que se originou da tradição romano-germânica, iniciada no final do século XI na Europa Continental. Entender as características fundamentais e o desenvolvimento dessas duas tradições jurídicas é crucial para compreender o estado atual do Direito no Ocidente e, especialmente, o papel do precedente em cada uma delas.

Em relação à common law, é importante notar que um dos equívocos mais comuns sobre essa tradição jurídica é a ideia de que se trata de um direito baseado em costumes. Na verdade, o termo expressa principalmente a ideia de "direito comum", formado a partir das decisões dos Tribunais de Westminster e aplicável em todo o reino, substituindo os costumes locais. Portanto, a common law é um sistema jurisprudencial, cujo surgimento resultou na substituição do direito consuetudinário da Inglaterra, anteriormente praticado nos diversos costumes locais, como alertado por David (2014, p. 437).

O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundado o common law, sempre foi uma simples ficção. O common law pôde retirar algumas de suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da common law consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituisse o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume.

A posição predominantemente secundária que o costume detém no Direito inglês hoje em dia, quando comparado à legislação e à jurisprudência, é clara ao se observar que, no âmbito das relações civis, apenas são reconhecidos os costumes considerados ancestrais, que remontam a 1189, enquanto os costumes comerciais (mercantile customs), embora aceitos sem limite temporal, também têm uma influência bastante limitada. (David, 2014, p. 437).

Sendo o common law um direito fundamentalmente jurisprudencial e, nessa condição, a “(...) função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito” (David, 2014, p. 428). Assim, “uma das principais facetas do common law (...) é a centralidade dos juízes na produção do Direito” (Galvão, 2012, p. 34).

Se essa compreensão é evidente atualmente, nem sempre foi assim. Durante as fases iniciais do desenvolvimento do direito comum, a partir do processo de filtragem de costumes realizado pelos Tribunais de Westminster, o papel do precedente no sistema em construção não estava claro. A prática de incorporar, em decisões posteriores, princípios contidos em julgamentos anteriores ocorreu gradualmente, sem que houvesse uma regra explícita exigindo sua observância.

Durante esse período, o direito romano não foi completamente negligenciado nas terras inglesas. Ele era considerado como *ratio scripta*, ou seja, “(...) apenas recorriam a ele de forma subsidiária, após o esgotamento de todos os meios oferecidos pelo direito consuetudinário para colmatar lacunas” (Streck; Abboud, 2015, p. 23). Além disso, alguns dos costumes que foram gradualmente incorporados ao direito comum em formação tiveram sua origem nele. A common law, portanto, não surgiu com completa negação ou oposição ao direito romano, embora este último não seja considerado sua base.

O primeiro passo em direção ao reconhecimento do caráter vinculante dos precedentes foi dado, conforme se sabe, com a promulgação do Estatuto de Westminster II, de 1285, elaborado na tentativa de conter as tensões decorrentes do que se considerava uma ampliação dos poderes do monarca devido ao exercício da jurisdição pelos tribunais reais. De acordo com as disposições estabelecidas, os tribunais reais só poderiam conceder *writs* se a demanda apresentada tivesse fundamentação em casos semelhantes decididos anteriormente.

Essa exigência, se por um lado conferiu importância significativa aos precedentes, por outro resultou em uma insuficiência na prestação jurisdicional inglesa, pois havia casos de violação de direitos que não podiam ser levados ao Judiciário por falta de um precedente que legitimasse o writ, o que levou ao surgimento da equity. A equity, portanto, emergiu “para instrumentalizar a realização concreta da justiça, especialmente diante das insuficiências do direito pretoriano ou das excessivas restrições processuais inerentes aos writs” (Assis, 2015, p. 299). O seu surgimento levou à implementação de um sistema jurídico dual no Direito inglês, no qual coexistiam a common law e a equity, cujas jurisdições só foram unificadas pelos Judicature Acts, promulgados entre 1873 e 1875.

Apesar desse dualismo, a primeira metade do século XIX testemunhou o surgimento, naquele país, da regra do precedente, que obrigava “aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores” (David, 2014, p. 428). Embora o Direito inglês já fosse fundamentalmente jurisprudencial, a partir desse momento histórico, as ideias de certeza e segurança ganharam uma nova dimensão, pois passou-se a reconhecer o poder vinculativo dos precedentes. “As razões desse enrijecimento foram muitas: alteração da estrutura (dos órgãos) judicantes, influência das ideias de Bentham e de Austin, ambiente intelectual propício à busca da certeza do direito – certainty” (Alvim; Dantas, 2016, p. 74).

A regra do precedente, em sua formulação original, implicava a ideia de vinculação vertical, ou seja, a obrigação das cortes inferiores de obedecer aos precedentes estabelecidos pelas cortes superiores. Somente com o desenvolvimento da doutrina do stare decisis é que se passou a conceber um precedente vinculante horizontalmente, significando que a House of Lords e as Courts of Appeal estariam estritamente vinculadas a seguir a ratio decidendi de seus próprios julgamentos anteriores.

Na House of Lords, a adoção dessa fórmula foi discutida em *Fletcher v. Sondes* (1827) e novamente defendida em *Beamish v. Beamish* (1861), mas sua consolidação definitiva só ocorreu em *London Tramways Co. v. London County Council* (1898). Nesse último caso, a questão debatida foi especificamente sobre se a Corte estava ou não vinculada por seus próprios precedentes, e a conclusão foi afirmativa. Assim, foi estabelecida a doutrina do stare decisis et non quieta movere, ou simplesmente, do stare decisis. (Krebs, 2015, p. 97).

O stare decisis e a regra do precedente que o acompanha são, portanto, muito mais recentes do que a common law e não são requisitos para a existência desta, sendo, portanto, independentes.

A adoção de um sistema de precedentes sem a possibilidade de superação do entendimento firmado, sempre foi objeto de críticas daqueles que defendem que o juiz deve estar adstrito ao direito, e não a opinião daqueles que decidiram antes dele. Segundo Goodhart (1934, p. 48), “o produto (dessa teoria) é que juiz é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que o precederam e vinculador das gerações por vir.”

Diante das críticas crescentes e da dificuldade em conciliar os antigos precedentes com a realidade contemporânea, a House of Lords emitiu, em 26 de julho de 1996, a Practice Statement of Judicial Precedent, que regulava sua própria conduta. Neste documento, a doutrina do stare decisis então vigente foi flexibilizada para permitir explicitamente o overruling, uma vez que o distinguishing já era uma prática comum.

Apesar de ter admitido a ideia de revogação de seus próprios precedentes a partir desse momento, a história mostra que a House of Lords foi cautelosa em se afastar de seus próprios padrões decisórios até ser substituída pela Supreme Court of the United Kingdom em outubro de 2009. Desde o caso Conway v. Rimmer (1968), quando fez o primeiro overruling após a emissão da Practice Statement, a Corte só revogou seus precedentes em vinte e uma ocasiões até 2009.

A ideia de respeito aos precedentes foi se desenvolvendo gradualmente. Enquanto inicialmente os tribunais, especialmente durante a Idade Média, consideravam os precedentes mais persuasivos do que vinculativos, no século XVII, eles já eram vistos com mais seriedade e atenção, embora sem ter um poder vinculativo estrito.

Atualmente, a norma é claramente respeitar não apenas os precedentes das cortes superiores, mas também os do próprio tribunal, permitindo técnicas de revogação (overruling) e distinção (distinguishing). Por outro lado, os precedentes das cortes inferiores têm apenas caráter persuasivo.

Além disso, é interessante notar que algo que ocorreu fora dos domínios do common law e em outra tradição jurídica contribuiu para estabelecer a regra do precedente. O surgimento da escola exegética na França no início do século XIX, sobre

a qual já falamos neste capítulo, trouxe a ideia de que o sistema jurídico deve ser mais previsível, o que se refletiu na concepção de precedente vinculativo. Paralelamente, as Judicature Acts, ao estabelecerem uma hierarquia judicial mais sistemática e melhorarem a qualidade das compilações jurisprudenciais, também contribuíram para o mesmo resultado.

Fundamentalmente, o embasamento teórico para a adoção da regra do precedente repousa em duas ideias centrais. Primeiro, o princípio de que casos semelhantes devem receber tratamento igual por uma questão de administração da Justiça. Segundo, a percepção de que o respeito aos precedentes garante a previsibilidade do sistema.

Após delinear esse panorama histórico, é importante destacar que a regra do precedente no Direito inglês não é descartada quando se trata de equity ou mesmo da lei escrita (statute law). Em relação à equity, embora se reconheça um grau significativo de discricionariedade na aplicação das suas regras pelos tribunais ingleses, esse processo não ignora o extenso material disponível em inúmeros precedentes. Por outro lado, a regra do precedente também se aplica à interpretação das leis (statute law), resultando na prevalência da produção jurisprudencial sobre as disposições legais.

Na realidade, podem-se identificar três tipos de relações entre a lei e o precedente: (i) a jurisprudência pode ser usada não apenas para decidir conforme o costume, mas também para interpretar a lei; (ii) a lei escrita pode ser utilizada para complementar os precedentes, preenchendo lacunas entre eles, o que é a sua aplicação mais comum; e (iii) a lei pode ser promulgada para substituir o precedente.

No entanto, é preciso notar que o precedente não possui o mesmo grau de estabilidade nem merece o mesmo nível de reverência em todos os países da common law. Em termos gerais, defende-se que as ex-colônias britânicas, especialmente os Estados Unidos da América e a Austrália, praticam uma forma mais flexível do stare decisis.

Alguns estudiosos destacam tanto a distinção entre o stare decisis praticado na Inglaterra e nas suas ex-colônias que chegam a questionar a real influência dos precedentes em alguns países, como os Estados Unidos. Os dados, contudo, contradizem essa visão. A mesma prudência que a House of Lords demonstra na superação de precedentes é observada na atuação da Suprema Corte dos EUA. Entre

1880 e 1957, dos mais de cinquenta e cinco mil casos analisados, houve superação de precedentes em apenas cento e três ocasiões, com um dos precedentes mantendo-se por 98 anos, enquanto outros, muito mais antigos, como o clássico *Marbury v. Madison* de 1803, continuam válidos. Dados mais recentes mostram que, até 2018, a Suprema Corte norte-americana superou seus precedentes em cento e quarenta e uma ocasiões, segundo levantamento realizado pelo Congresso dos EUA. (Brenner; Spaeth, 2006, p. 12).

Apesar disso, é consenso no meio jurídico anglo-saxônico que o overruling é muito mais comum nos EUA do que na Inglaterra. No direito norte-americano, não há grande hesitação em afastar precedentes considerados errados. Mesmo assim, pode-se concluir que, de forma geral, o sistema de precedentes parece estar bem estabelecido em países de common law, incluindo sistemas legais mistos como os de Israel e da Escócia.

Já a formação histórica da tradição do civil law, representada pela família romano-germânica, seguiu um caminho completamente distinto daquele da common law. Inspirados pelo Renascimento, os países da Europa Continental passaram a perceber que somente o direito poderia garantir a ordem e a segurança necessárias para o progresso. Ao contrário da common law, que teve origem na unificação do poder político na Inglaterra após a conquista normanda e na existência de tribunais reais centralizados, a tradição romano-germânica foi estabelecida sobre uma base de unidade cultural, devido à ausência de uma unidade política.

O ponto inicial para o desenvolvimento desse conjunto de leis comuns foi o direito romano, devido à diversidade dos costumes locais. No final do século XI, o direito romano era historicamente familiar para grande parte da Europa Ocidental e estava acessível através das compilações de Justiniano, publicadas em latim, uma língua conservada e disseminada pela Igreja. (David, 2014, p. 42/43).

As universidades europeias, lideradas pela pioneira Universidade de Bolonha, desempenharam um papel crucial nessa fase inicial do desenvolvimento da tradição jurídica. Elas se dedicaram a disseminar o estudo e o aprimoramento do direito romano como uma lei comum para essas culturas. Nas escolas de direito, o objetivo era descobrir, com base nos textos romanos, as regras mais justas e adequadas a uma ordem social bem concebida, essenciais para a existência da sociedade. O objetivo fundamental era transformar essas regras em um conjunto o mais coerente possível, o que era particularmente desafiador, dada a variedade de textos encontrados, incluindo decisões judiciais, leis e textos doutrinários, alguns recentes e outros antigos.

Portanto, a civil law deve ser compreendida como uma tradição que se formou

(...) graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos. (David, 2014, p. 23/24).

O *jus commune* adquiriu uma característica de ser um direito produzido por acadêmicos (base doutrinária), flexível e que não tinha a intenção inicial de se tornar um direito positivo, já que as universidades não tinham autoridade para estabelecer regras obrigatórias para todos os países. À medida que evoluía, distanciava-se de sua base original, o direito romano, assumindo a forma de um direito sistemático, fundamentado na razão e com a vocação de ser aplicado universalmente.

Nesse ponto, nos países da civil law, claramente coexistiam dois sistemas jurídicos. Os direitos de cada país, conhecidos como *jura propria*, eram baseados em costumes e tinham aplicação prioritária, com seus institutos interpretados de forma restrita. Por outro lado, o *jus commune*, que fazia parte da cultura de todos os países da família romano-germânica, era um direito fundamentado em textos escritos e doutrinários, aplicado de forma supletiva, mas ganhando cada vez mais importância devido à restrição ao uso da analogia e dos princípios gerais no *jura propria*. (Streck; Abboud, 2015, p. 22/23).

Na common law, o direito era considerado essencialmente prático, surgindo a partir de casos concretos e tendo o juiz como figura central, baseando-se em costumes e operando por meio de precedentes. O common law era visto como resultado da atividade judicial do magistrado, não sendo um direito acadêmico, mas sim um direito dos práticos e dos profissionais do direito.

Por outro lado, o *jus commune* desenvolvido no continente europeu, a partir das universidades, era essencialmente um direito fundamentado no direito romano e concebido como um modelo de organização social. Tinha o catedrático como figura principal e buscava a justiça, com fortes conexões com a filosofia, teologia e religião. Era formulado em um plano abstrato, deixando os aspectos relacionados à atividade judicial para a regulamentação administrativa ou para os profissionais do direito.

A partir do final do século XIII, as tradições jurídicas seguiram caminhos diametralmente distintos, especialmente com o papel preponderante das cortes inglesas

na formação da common law e o Parlamento de Paris na França exercendo proeminência no direito continental.

Após um século, o direito francês passou a se basear no procedimento por escrito, e o inglês, na oralidade. A solução dos casos era destinada aos juízes profissionais no caso do civil law; já o inglês, em juristas e justiças de paz leigos. O processo inglês fundamentava-se na acusação e negação pelas partes oponentes, com a solução da controvérsia sendo de competência do júri. O francês, por sua vez, lançava mão do interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento. No que se refere ao direito material, o direito francês é mais sistemático, romanizado e codificado que o inglês, mais particularista, prático e orientado para resolução dos casos. Por consequência, o direito francês incluía os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público. (Streck; Abboud, 2015, p. 29).

Até o final do século XVIII, os países da tradição romano-germânica coexistiam com dois sistemas legais: o *jura propria*, predominantemente baseado em costumes e com algum reconhecimento do papel da jurisprudência na legitimação do direito, e o *jus commune*, essencialmente doutrinal e fundamentado nos princípios do jusnaturalismo.

A Revolução Francesa, como movimento social, político e jurídico, trouxe três mudanças significativas: primeiro, o poder passou a ser centrado no povo; segundo, a burguesia ascendeu como classe dominante, liderando o movimento com inspiração nas ideias de Hobbes, Rousseau e Montesquieu; e terceiro, o poder foi dividido em três funções, exercidas por órgãos autônomos e independentes.

As circunstâncias históricas da Revolução Francesa, que também reagiu contra o judiciário francês composto por aristocratas e tradicionalmente favorável ao soberano deposto, resultaram em uma estruturação enfraquecida do sistema jurídico, onde o juiz foi concebido como um mero executor da lei. Robespierre chegou a afirmar que a palavra "jurisprudência" deveria ser banida. (Alvim; Dantas, 2016, p. 78).

Nesse contexto, foi desenvolvido um sistema que acreditava que a vontade do povo estava contida na lei e que respeitá-la significava respeitar essa vontade. Por outro lado, a supremacia da lei implicava automaticamente na rejeição das decisões judiciais.

A diferença na concepção da "supremacia do parlamento" entre a Inglaterra e a França se torna evidente. Enquanto a Revolução Gloriosa inglesa foi conservadora, buscando confirmar e fazer valer o direito existente contra um rei que não o respeitava, a Revolução Francesa foi marcada por uma ruptura acentuada, substituindo o monarca

por outro poder absoluto representado pela Assembleia Soberana, onde a lei era o instrumento de atuação principal.

Na Inglaterra, a magistratura preservou suas atribuições e continuou a desenvolver o direito, sem a necessidade de submeter o juiz à lei, enquanto na França, o papel do juiz foi reduzido a um mero executor da lei, refletindo a visão de que a lei era um instrumento de absolutismo.

Além das razões políticas, o princípio da independência do Judiciário é claramente parte da luta constitucional existente na Inglaterra durante o século XVII, ocasião em que o Judiciário se aliou ao Parlamento contra o Poder Executivo (autoridade real). (Streck; Abboud, 2015, p. 31).

Da mesma forma como aconteceu na Inglaterra, o judiciário também restou preservado no processo de independência dos Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, pelo contrário, havia um tipo diferente de tradição judicial, em que os juízes tinham sido muitas vezes uma força progressista do lado do indivíduo contra o abuso de poder pelo governante, e tinham desempenhado um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. O medo do processo judicial e da interferência judicial na administração não existia. Pelo contrário, o poder dos juízes de moldar o desenvolvimento do common law foi uma instituição familiar e bem-vinda. Aceitou-se que os tribunais tinham os poderes do mandado de segurança (obrigar os funcionários a executar o seu dever legal) e quo warranto (questionar a legalidade de um ato realizado por um funcionário público). O judiciário não foi alvo da Revolução Americana do jeito que foi na França. (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 17).

Com o Legislativo desempenhando um papel central no sistema francês da civil law, surgiu a fase das codificações. Sob a perspectiva do jusnaturalismo, a codificação era considerada como um meio de formalizar em lei o direito que era ensinado nas universidades. Nesse contexto, a codificação emergiu como

(...) a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais. (David, 2014, p. 66).

O Código Civil napoleônico (1804) representa um ponto crucial nessa etapa, servindo de modelo para as codificações em diversos outros países da civil law, tanto na Europa como além dela, ampliando a influência da tradição romano-germânica.

Para a nova classe dominante, vincular o direito à lei era uma medida fundamental para manter a nova ordem. A partir das codificações, surgiu um movimento de nacionalismo jurídico e positivismo legislativo. A ideia de um *jus commune* europeu desapareceu, não tanto devido à codificação em si, mas por conta da rejeição da codificação francesa na Alemanha e da mudança de foco das universidades

para a interpretação dos novos códigos, em vez de construir um direito comum baseado na razão e na justiça.

Em relação aos precedentes, enquanto na era do *jus commune* eles eram praticados na Europa continental, a Revolução Francesa e a adoção do princípio da codificação praticamente aboliram o sistema de precedentes. A lei passou a ter primazia quase absoluta como fonte do direito, e até hoje na Europa Continental, em nome da separação dos poderes, os juízes são proibidos de fundamentar suas decisões de outra forma que não seja na lei.

Assim, no civil law, a previsibilidade, a cognoscibilidade e a calculabilidade necessárias à segurança jurídica são alcançadas pelo respeito à lei e sua estrita aplicação. No common law, por outro lado, esses objetivos são buscados através da observância dos precedentes judiciais, em um direito construído a partir de casos concretos (case law), embora, como vimos visto no item 2.1, as diversas possibilidades de interpretação de um texto normativo impeça que se alcance essa utópica segurança e previsibilidade.

Em ambos os sistemas, tanto naqueles em que “o juiz decide com base na lei escrita”, quanto nos em que o juiz decide com base em precedentes, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade, ideia que hoje se confunde com segurança jurídica. No common law, isto se fez, por assim dizer, naturalmente, sem grandes e significativas rupturas com o passado, ao contrário do que ocorreu na história do civil law. (Alvim; Dantas, 2016, p. 72).

Com o passar dos anos, os princípios fundamentais por trás da teoria da codificação perderam sua força. A ideia de que a atividade judicial deveria se limitar à aplicação mecânica dos fatos à letra da lei foi superada ao longo da história. O direito positivo, embora tenha sido capaz de atender às demandas judiciais de maneira satisfatória no século XIX, não é suficiente para resolver muitos dos problemas enfrentados pelos juízes hoje em dia.

Como pondera Marinoni (2009, p. 31), a “(...) Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei”.

No capítulo 7, em uma visão crítica, trataremos da tendência de aproximação dos dois sistemas, e da deturpação no Brasil quando da instituição da figura dos precedentes.

2.3 Distanciamento entre mapa e estrada

Se as teorias que tratam dos direitos naturais, estudadas no tópico 1.1 se mostraram insuficientes para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, as teorias juspositivistas, abordadas no ponto 2.1 também se mostraram insuficientes.

O texto normativo ineficaz tem a mesma utilidade de um conto de fadas, que não ultrapassa a linha da ficção para o mundo fático.

A Constituição deve, em razão de sua força normativa, que será abordada no tópico 3.2, garantir o que nela se propõe, e para isso necessitamos de uma atuação firme do Poder Judiciário em sua aplicação.

Conforme Norberto Bobbio (2016), as diversas possibilidades de interpretação de um texto legal, aliada a insegurança de decisões judiciais diversas e opostas, acaba por aproximar juspositivismo e jusnaturalismo no que tange à incerteza.

Incerteza que também decorre do que Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) chama de fúria legislativa, fenômeno que decorre do excesso de diplomas normativos, a ponto de não se saber o que ainda está em vigor ou não, além de um sem-número de normas contraditórias entre si, incerteza essa que deverá ser afastada, conforme veremos no capítulo 7.

Assim, o texto, dissociado da realidade, também se mostrou insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais, bem como para a adoção de um capitalismo com vistas ao bem-estar da coletividade e a existência digna de todos.

Martin Luther King, ao visitar um país estrangeiro e ser informado da excelência do direito legislado ali produzido, respondeu: não quero saber das suas leis, quero saber dos seus intérpretes.

Retomando o contexto histórico da questão, os teóricos do direito que se identificam ou são considerados positivistas tendem a posicionar suas ideias em oposição, ou pelo menos nitidamente diferentes, da teoria da lei natural.

Por outro lado, os teóricos da lei natural não desenvolveram suas teorias como uma rejeição ao positivismo jurídico, nem as veem necessariamente como distintas dele.

O termo "lei positiva" foi popularizado na esfera filosófica principalmente por Tomás de Aquino, e as teorias do direito natural desse tipo compartilham, ou ao menos não negam, muitas ou praticamente todas as teses "positivistas" - exceto a tese fundamental de que as teorias da lei natural estão equivocadas.

A teoria do direito natural reconhece que a lei pode ser considerada e discutida tanto como um simples fenômeno social de poder e prática, quanto como um conjunto de razões para a ação que podem ser e frequentemente são sólidas como bases normativas para pessoas razoáveis que a seguem.

Esse aspecto dual do direito positivo é sugerido pelo famoso ditado "As leis injustas não são leis". Interpretado corretamente, esse ditado mostra que, a menos que se negue de forma cética a existência de razões válidas para a ação (uma negação que, se adotada pelos positivistas em oposição às teorias da lei natural, é considerada inútil e redundante), o que os positivistas consideram como realidades a serem afirmadas já estão incorporadas na teoria da lei natural, enquanto o que consideram como ilusões a serem dissipadas não são consideradas parte dessa teoria.

Quando as análises de julgamento e raciocínio jurídico propostas pelas teorias jurídicas contemporâneas são examinadas juntamente com as teorias sobre o conceito de direito, torna-se evidente que, em termos de proposições (em oposição a nomes, palavras e formulações), essas teorias compartilham, embora às vezes com contradições internas, as principais teses sobre a lei propostas pelos teóricos clássicos da lei natural como Tomás de Aquino. Essas teses incluem: (i) que a lei estabelece razões para a ação; (ii) que suas regras podem e geralmente criam obrigações morais que não existiam antes de sua promulgação; (iii) que esse tipo de obrigação jurídico-moral é anulado por uma imoralidade séria (injustiça); e (iv) que as obrigações jurídicas e outras, paradigmaticamente legais, resultantes de julgamento e raciocínio incluem tanto o direito natural (moral) quanto o direito puramente positivo.

As teorias "positivistas" contemporâneas parecem ser, na verdade, variantes das teorias da lei natural, diferenciadas do corpo principal da teoria do direito natural pela negação de que a teoria da lei é distinta da teoria ou teorias da adjudicação, e pela falta de uma abordagem sistemática aos fundamentos morais e outras afirmações normativas subjacentes.

O cerne e a questão central das teorias legais do Direito Natural são: qual é a origem e o motivo pelo qual a lei, e sua posição na legislação, decisões judiciais e costumes, oferecem incentivos sólidos para que seus súditos ajam de acordo com ela? Como a validade formal de uma regra, julgamento ou instituição, ou sua existência e eficácia como fenômeno social (por exemplo, através da prática oficial), conferem autoridade às decisões de seus súditos?

O significado e a importância dessas questões, juntamente com as principais características das respostas fornecidas pelas teorias do direito natural, podem ser indicados. Por um lado, as teorias do direito natural argumentam que o aspecto baseado na fonte da lei - sua dependência de fatos sociais como a legislação, os costumes ou os precedentes estabelecidos judicialmente - é um elemento fundamental e primário na capacidade da lei de promover o bem comum, proteger os direitos humanos ou governar com integridade.

Por outro lado, a questão de se a lei é intrinsecamente problemática do ponto de vista moral tem sido objeto de consideração desde o início pelos líderes dessa tradição. A primeira questão que Tomás de Aquino aborda sobre a lei humana em sua discussão sobre a lei, na Suma de Teologia, I-II, q 95, a.1, é se a lei humana é benéfica - se não poderíamos alcançar melhores resultados com exortações e advertências, ou com juízes nomeados simplesmente para "fazer justiça", ou com líderes sábios governando conforme consideram apropriado?

Os textos clássicos contemporâneos e os líderes da teoria do direito natural encaram a lei como moralmente problemática, entendendo-a como um instrumento normalmente necessário de grande benefício, mas que facilmente pode se tornar um instrumento de grande malefício, a menos que seus autores a tornem firmemente e vigilantemente boa, reconhecendo e cumprindo seus deveres morais para fazê-la, tanto no estabelecimento do conteúdo de suas regras e princípios quanto nos procedimentos e instituições pelos quais eles fazem e administraram.

Todas as teorias da lei natural veem a lei como um remédio contra os grandes males da anarquia por um lado e da tirania por outro. Uma das formas características da tirania é a apropriação da lei como uma máscara para decisões essencialmente ilegais disfarçadas sob a forma de lei e legalidade.

A verdadeira questão do positivismo legal reside não no problema da legitimação, tampouco na diferença entre direito natural e direito racional. De

fato, ela reside muito mais na questão de o conceito de positividade não ser teoricamente suficiente. Ele pode servir como conceito no contexto de teorias de reflexão do sistema do direito; mas, para um uso científico, ele carece de uma suficiente capacidade de conexão. O conceito de positividade supõe uma elucidação pelo conceito de decisão. O direito positivo tem valor de decisão. Isso dá margem à crítica a seu decisionismo, no sentido de uma possibilidade de decisão voluntária, que dependa apenas de sua força de imposição. Porém, conduz a um beco sem saída, uma vez que todo mundo sabe que, no direito, nunca se pode decidir arbitrariamente. Algo sempre pode dar errado nesse raciocínio, e nós pressupomos que o erro já esteja presente na insuficiência do conceito de positividade. (Luhmann, 2016, p. 52).

3 O HOMEM NO CENTRO DO MAPA

3.1 O centro lhe pertence por direito

Ao falarmos da ocupação do centro do mapa pelo homem, estamos a utilizar uma metáfora que simboliza o ser humano como o centro dos estudos que tratam da proteção dos direitos fundamentais.

E a utilizamos porque, de fato, o objeto da presente tese são os limites constitucionais do sistema capitalista estabelecidos pela Constituição Federal de 1998, aprofundados no item 6.2 deste trabalho.

Muitas vezes, essa centralização do ser humano, como um fim em si mesmo, é associada ao termo “humanismo”. Porém, conforme demonstraremos neste tópico, o significante “humanismo” apresenta problemas relacionados à ambiguidade e à vagueza.

Ambíguo, por possuir mais de um sentido, podendo apresentar significados diversos, e, vago em razão de seu conteúdo indeterminado, que muitas vezes acaba por trazer dúvidas no que diz respeito a sua aplicabilidade ou não em determinadas situações concretas.

Temos, dessa forma, o mesmo problema que enfrentamos no capítulo 1, ao tratar do direito natural, e no capítulo 2, quando abordamos o direito positivo.

Tratemos então da ambiguidade do termo, e de sua utilização com alguns significados distintos no decorrer da história.

Em sua acepção clássica, trazida pelos sofistas, mas também por Sócrates, humanista é a guinada filosófica que passa a considerar o ser humano um objeto importante da filosofia e assim do conhecimento, criando um mundo dar *nomos* ao lado da *physis*. (...) Diferentemente da filosofia inicial anterior, que considerava a humanidade parte do mundo da natureza, os filósofos humanistas dão ao ser humano um destaque específico, um mundo separado com caracteres especiais. Por isso os filósofos da natureza são conhecidos como pré-socráticos, como também poderiam ser chamados pré-sofísticos, vez que consideram a ética e o mundo humano como fenômenos físicos, sendo por isso monistas e panteístas. (Adeodato, 2023, p. 293).

Em outro sentido, pode também significar um aprofundado conhecimento das línguas e literaturas antigas, especialmente do grego e do latim, ou o gosto pelas ciências humanas, em oposição a ciências exatas, em antiga dicotomia acadêmica.

Outros preferem ligar o humanismo ao Renascimento, ou à ascensão da burguesia italiana e a criação das primeiras universidades ou ao classicismo europeu do século XVIII, muito embora Adeodato (2023, p. 294) alerte para o fato de que muitas ideias hoje ditas humanistas, já apareciam em obra do etíope Zera Yacob, publicado em 1.667, colocando em xeque a origem europeia dos ideais humanistas.

Outra acepção é a de humanismo como uma espécie de doutrina de exaltação à humanidade, consistente em um conjunto de princípios que se ligam pela reverência à humanidade como um sujeito universal.

Isto no pressuposto de ser o homem a obra-prima da criação. O “animal político” de que falava Aristóteles, porquanto dotado da aptidão de sobrepor ao espontâneo mundo da natureza o elaborado mundo da *pólis*; ou, como viria a teorizar Rousseau, o homem como único ser capaz de pactuar com seus semelhantes uma vida em “estado de sociedade”, tendo por contraponto um virginal “estado de natureza”. (...) Da proclamação de que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras) ao “cógito” de René Descartes, passando pela máxima teológica de que todos nós fomos feitos à imagem e semelhança de Deus, o certo é que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata (Britto, 2010, n.p.).

Essa mencionada dignidade inata do ser humano vem expressa em documentos históricos como a Magna Carta de 1.215, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, e na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1.776, diplomas reconhecidos pelo caráter fundamental dos direitos nele contidos.

O Direito, porém, exerceria um papel tão somente declaratório, e não constitutivo de direitos, inatos por natureza, indo ao encontro das teorias jusnaturalistas estudadas no capítulo 1 deste trabalho, daí decorrendo todas as dificuldades de aplicação e efetivação lá mencionadas, diferenciando-se, entretanto das teorias jusnaturalistas por colocarem o homem sempre acima da natureza.

Uma maneira diferente de ver o humanismo é que nasceu a cerca de 300 anos na cultura ocidental com a secularização das relações sociais. Religião e ideologia seriam diferentes apenas no sentido de que as religiões são centradas na ideia de Deus e as ideologias são exatamente humanistas. Humanismo é uma religião que venera o próprio ser humano, ou seja, uma ideologia. É a principal religião do mundo moderno. (Adeodato, 2023, p. 294).

Outro sentido dado ao termo é aquele segundo o qual o humanismo traduz a vida em sociedade em patamar culturalmente avançado, que apresenta como

características a existência de mecanismos de nivelamento de oportunidade política, econômica e educacional para todos; acesso facilitado a serviços públicos; e pluralidade política e cultural.

Neste aspecto, notamos uma preocupação muito maior com a coletividade, com o social, e não com o indivíduo considerado em si mesmo.

Para estes, o desenvolvimento deve se traduzir em muito mais do que um simples crescimento linear econômico, abrangendo questões como a justiça social, com participação de toda a sociedade nos frutos do crescimento; a não discriminação; e o equilíbrio ecológico.

O humanismo e a democracia contemporânea entrelaçam-se organicamente, não por simples colocação lado a lado, pois estão intrinsecamente ligados um ao outro, sendo condições essenciais para sua coexistência simultânea. O próximo capítulo abordará a democracia contemporânea em detalhe. Uma das formas mais engenhosas de apresentar um discurso de exaltação da democracia, dos direitos humanos e da justiça é integrá-lo num conjunto bem ordenado, envolto num discurso humanista em que o homem assuma uma posição central.

Com efeito, é desafiador contestar o argumento daqueles que baseiam suas posições em princípios de direitos, justiça e até mesmo democracia, ancorados nos fundamentos filosóficos do humanismo, embora às vezes não seja claro qual o significado exato de humanismo ou a que tipo de humanismo estão se referindo. É mais um daqueles conceitos, como "democracia", que naturalmente cativam a simpatia do destinatário da mensagem. Até o mais inclemente dos ditadores se autoproclamará democrata e humanista. Este tema será retomado no próximo capítulo. A ausência de sentido único ao termo não impede a utilização para a formação de um discurso coeso e aparentemente convincente, passando por cima dos pontos cegos que a compreensão crítica do que se tem por humanismo poderia suscitar.

O capitalismo sempre afirmou sua preocupação com o humanismo. Pelo contrário, sempre se apresentou como um sistema que buscava prioritariamente o bem-estar e a liberdade humana, suas principais preocupações, embora frequentemente utilizando o termo humanismo de uma forma que claramente não se alinha com os princípios do humanismo filosófico clássico.

O ponto comum em todas as variações do humanismo é, de fato, a convicção de que o ser humano possui um valor intrínseco e deve ser tratado como tal. A própria palavra carrega esse significado: humanismo refere-se à doutrina que enfatiza a importância primordial do ser humano, a sua afirmação e defesa.

Os diferentes humanismos, em maior ou menor grau, partem da crença de que o ser humano é o que há de mais importante no universo. Ele começa como descendente do Deus imortal, mas se emancipa, por assim dizer, e logo os humanismos dividem a crença de que o ser humano é a fonte de todo valor, de toda autoridade. (Adeodato, 2023, p. 295).

Na história das ideias políticas, a ascensão do humanismo moderno ocidental está intimamente ligada à emancipação da estrutura feudalizada pela burguesia, que marcou o fim da servidão humana. Com a ascensão da burguesia e a confiança nas capacidades da razão, o humanismo, juntamente com o otimismo, o progresso e o individualismo, emergiram vigorosamente na racionalidade ocidental.

A ambiguidade, imprecisão e permeabilidade do termo "humanismo" também são evidentes em outros conceitos usados para descrever esse fenômeno inicial.

O discurso parcial fundamentado no humanismo usa conceitos cativantes para ganhar a simpatia do público, oferecendo ao mundo empresarial e comercial uma argumentação persuasiva e uma estrutura discursiva que, em certa medida, é difícil de desmontar. Por exemplo, Boltanski e Chiapello (1999, p. 150), elencam os seguintes vocábulos para referir-se ao humanismo:

(...) a autonomia, a espontaneidade, a mobilidade, a capacidade rizomática, a polivalência, a comunicabilidade, a abertura aos outros e às novidades, a disponibilidade, a criatividade, a intuição visionária, a sensibilidade às diferenças, a capacidade de dar atenção à vivência alheia e a aceitação de múltiplas experiências, a atracção pelo informal e a busca de contatos interpessoais (...).

Poderíamos citar outros termos tão frequentemente utilizados quanto os mencionados, como empregabilidade, comunicação, colaboração, excelência, aprendizagem contínua, atualização profissional, coesão comunitária, inclusão, habilidades, iniciativas, funcionários, inovação.

Como é fácil perceber, dentro deste campo semântico, é possível elaborar um discurso que contenha todos os elementos necessários para satisfazer uma ampla gama de interesses, desde os defensores do liberalismo econômico até as comunidades mais vulneráveis e necessitadas do ponto de vista socioeconômico.

A fluidez na comunicação é um dos pilares essenciais das novas capacidades no capitalismo da era da informação, em que a rede de trabalho se confunde com a rede de interação entre indivíduos. Assim, permanecer conectado equivale a manter uma maior humanidade, ao mesmo tempo que se aumenta a produtividade e o consumo. A rede, portanto, representa uma forma social mais eficaz e equitativa do que os arranjos formais tradicionais.

Com a superação das barreiras impostas pela distância geográfica, a tecnologia se torna crucial no contexto globalizado, como será discutido no capítulo 4, acompanhada de um discurso de democratização que busca proporcionar amplo acesso das populações às redes de comunicação globais.

No mundo atual, os seres humanos devem utilizar a tecnologia e a comunicação facilitada para dar forma aos seus projetos e viver uma experiência conectada, onde a fixação em um território específico se torna irrelevante. A vida passa a girar em torno dos projetos, que são vistos como a meta final, superando a própria existência. O foco principal está no engajamento em projetos, os quais não apenas permitem conhecer novas pessoas, mas também aprender novas habilidades e assumir novos compromissos.

A inclusão social é apresentada neste discurso como uma solução paliativa para mitigar os efeitos da pobreza e das dificuldades enfrentadas por aqueles excluídos dos benefícios da economia de mercado globalizada. Este tema será explorado neste capítulo, com ênfase no viés democrático do humanismo, e de maneira mais detalhada no capítulo 4.

A narrativa de coesão e inclusão suaviza as orientações sociais mais segregadoras ou que tendem a excluir, que podem surgir do ambiente competitivo.

Além disso, há uma crença generalizada de que a atividade econômica é um bem coletivo para a sociedade, pois promove o progresso material, satisfaz necessidades e apoia a liberdade política, além de financiar os recursos do Estado através dos impostos para o fornecimento de serviços essenciais à população. No capítulo 4, discutiremos como essa distribuição social dos benefícios muitas vezes não passa de uma utopia.

Também existe o discurso da meritocracia, que enfatiza a valorização do indivíduo, retratado como um artista de si mesmo ou um empreendedor.

O indivíduo deve investir nas suas competências para se tornar mais facilmente empregável e, em certo sentido, mais explorável, possibilitando, a outro nível, a naturalização das hierarquias (pessoais, sociais ou laborais) que daí possam resultar. Ele deve, entre outras coisas, tornar-se num verdadeiro aprendiz ao longo da vida, pois só deste modo revelará o seu valor, a justeza do seu lugar na sociedade e no mercado e poderá ser, então, reconhecido naturalmente como justo, enfim, como ‘grande’ nesta nova ordem institucional, ainda que permaneça numa espécie de servidão ao sistema ou a outros senhores, o que Sandel (2020, p. 38) chama de tirania do mérito:

A ênfase persistente em criar uma meritocracia justa, na qual posições sociais refletem esforço e talento, tem efeito corrosivo no modo como interpretamos nosso sucesso (ou a falta dele). A noção de que o sistema recompensa talento e empenho incentiva vencedores a considerar seu sucesso como resultado de suas próprias ações, uma medida da sua virtude -e a desprezar pessoas menos afortunadas do que eles. A arrogância meritocrática reflete a tendência de vencedores a respirar fundo o sucesso, a esquecer a sorte e a sina que os ajudaram ao longo do caminho. É convicção presunçosa de pessoas que chegam ao topo que elas merecem esse destino e que aqueles embaixo merecem o deles também. Esse comportamento é o companheiro moral da política tecnocrata.

Segundo este enquadramento, a aprendizagem ao longo da vida, aparentemente ligada a qualquer espécie de humanismo, revela-se aqui inequivocamente ao serviço de um discurso que atende aos interesses do mercado no cenário globalizado. É nada mais que um discurso desarticulado do contexto e das questões do conhecimento e da epistemologia, que nos inibe de falar de outros tempos e de outros espaços onde se afirmam outros sujeitos e outras pedagogias.

Cada pessoa seria assim o arquiteto de sua própria trajetória e o único responsável por seu destino pessoal e profissional, utilizando suas próprias habilidades e potenciais, sem depender do Estado ou da sociedade. A partir de agora, o que cada indivíduo vivenciar não poderá ser atribuído a uma suposta fatalidade do mercado ou de uma sociedade orientada pelo mundo dos negócios, mas será resultado do mérito ou falta dele, do talento ou falta de talento na gestão de sua própria vida, da habilidade ou falta de habilidade para aproveitar as novas oportunidades de desenvolvimento de novas perspectivas pessoais. Isto significa, então, que as próprias carências ou deméritos para concorrer no mercado não podem ser entendidos como "produções históricas de discriminações" nas diversas políticas, nomeadamente de emprego e de educação (Arroyo, 2012, p. 168), mas resultados naturais do empenhamento individual.

Ao que tudo indica, essa universalização da responsabilidade individual, uma espécie de “você colhe aquilo que planta”, como a plantação dependesse única e exclusivamente de um ato volitivo, apresenta-se como uma forma de manutenção do status e de dominação social, arcando os menos favorecidos com o peso da sua existência, mas sempre em nome de um suposto humanismo.

Assim, assistimos a uma degradação lenta e corrosiva daquilo que poderia se entender por humanismo em sua acepção mais pura do ponto de vista etimológico.

Se um ponto comum sempre foi a preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana, hoje o termo é utilizado para fins de exclusão e conformação de parte considerável da população do crescimento global. Um termo utilizado sem qualquer substância, mas que permite encontrar sempre, e com relativa facilidade, um argumento para melhor justificar o nosso lugar no mundo, na sociedade, no mercado. É um tipo de humanismo que estimula especialmente a expressão e o desenvolvimento de um indivíduo empreendedor, que é exclusivamente responsável pelo seu êxito ou insucesso.

Isso implica, entre outros aspectos, em uma nova economia moral, onde um dos princípios é que a competição é intrínseca ao ser humano e que o sucesso pessoal é essencialmente uma questão privada, valorizando o livre mercado e sua lógica como base de toda racionalidade. O foco principal é na realização pessoal e nos resultados alcançados, não nos princípios que orientam esse processo.

E assim, a ambiguidade e a vagueza dão espaço para o preenchimento do significado por interesses advindos da realidade neoliberal vivenciada e pela construção de uma “nova” ideologia humanista.

Entendemos, porém, que a preocupação com o ser humano é essencial, e qualquer significado que se atribua ao termo humanismo, deve valer-se de tal preocupação.

O ser humano deve ser colocado no centro do mapa não por ser o autor da própria história, e único responsável por seu destino, mas sim conduzido ao centro da preocupação quando se fala em proteção dos direitos fundamentais.

Em havendo exclusão de parte da sociedade do crescimento, com a marginalização de alguns e a inclusão de poucos, teremos, inevitavelmente, um risco ao sistema democrático, conforme trataremos nos itens 4.1 e 4.2 deste trabalho.

Daqui por diante, trataremos do humanismo sob um viés voltado à proteção dos direitos fundamentais e do sistema democrático, denominando-o, por tal razão, humanismo democrático.

Na verdade, o humanismo compartilha a sina de toda a religião bem-sucedida, como o cristianismo e o budismo. Ao se espalhar e evoluir, fragmenta-se em diversas seitas conflitantes. Todas as seitas humanistas acreditam que a experiência humana é a fonte Suprema da autoridade e do significado, mas elas interpretam a experiência humana de maneiras diferentes (Harari, 2016, p. 253).

Yuval Noah Harari (2016, p. 253/262) conclui que o humanismo pode ser dividido em 3 espécies distintas: a ortodoxa, ligada a liberdade plena do indivíduo, considerado em si mesmo como um ser humano único, acima de qualquer interesse do Estado ou doutrina religiosa, e por isso denominado humanismo liberal; uma segunda ligada ao aspecto social, afinal, todos têm a mesma liberdade, o que acaba por gerar conflitos de interesses individuais, de forma que deveria haver o fortalecimento de instituições com poder de decisão sobre os indivíduos, no que chama de humanismo socialista; e, por fim, o humanismo evolucionista, baseado na teoria darwiniana, de que os conflitos são a matéria-prima da seleção natural, e que os mais aptos deveriam sobreviver.

Na época contemporânea, o humanismo radicalizou a ideia de adoração da humanidade. Concordam que a humanidade é a fonte de todo sentido, porém não acreditam na transcendência, na palavra de Deus ou de igrejas, ainda que isso faça parte importante de seu discurso. A humanidade não procura mais o sentido da vida no universo, ela mesma é a fonte de todo sentido, seja em Rousseau e Kant, seja em Montessori e Russell. Tais ideias, um dia revolucionárias, se popularizaram em poucas décadas. (Adeodato, 2023, p. 295/296).

Em que pese a relação do humanismo ligado a aspectos sociais com o socialismo, o nosso legislador constituinte optou por escolher tal concepção humanista, porém sem renunciar ao capitalismo, de forma que haverá uma necessidade de releitura do sistema capitalista, tradicionalmente egoísta e individual, o que faremos mais adiante, no item 6.2.

Passemos, por ora, à análise da efetivação do humanismo democrático através do direito, e a condução do homem ao centro a partir da efetividade jurídica, com garantia de seus direitos tido como fundamentais.

3.2 A efetiva proteção dos direitos fundamentais é que o conduz ao centro

Fundido com a ideia de democracia plena, o humanismo passa a ter uma relação necessária com o Direito, sendo este o meio para se atingir o fim, qual seja, o humanismo democrático.

Estabelecidos, no artigo 1º da Constituição Federal, os fundamentos da República Federativa do Brasil, podemos enumerá-los como os dedos de uma mão, que metaforicamente simbolizaria o humanismo democrático: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Em que pese não haver menção expressa ao humanismo, ele decorre da inclusão da dignidade da pessoa humana como fundamento, bem como dos instrumentos democráticos, já que, conforme analisado no tópico anterior, nossa ideia de humanismo está diretamente relacionada à democracia.

Vários modelos têm sido apresentados para tornar a democracia mais participativa, mais ativa, mais atuante, mais deliberativa, que propicie aos cidadãos a possibilidade de se tornarem não apenas governados, como acontece com a fórmula representativa da democracia, mas também ‘governantes’.

Contudo, a democracia com exclusão de parcela considerável da população do crescimento global, aproxima-se do conceito de democracia iliberal, em que há a preocupação democrática em seu aspecto formal, mas não em seu conteúdo, conforme analisaremos no capítulo 4.

Efetivamente, a democracia iliberal tem os ingredientes necessários à nova ordem do mercado. Ela deve contribuir, desde logo, para que o Estado se torne num aparelho manipulável ao serviço do reforço desta nova ordem.

Com a dilaceração das fronteiras e a relativização da soberania estatal, fatores que serão aprofundados no próximo capítulo, o Estado-nação parece sucumbir diante de um Estado-mercado.

No atual cenário, a sociedade, dentre tantas possíveis divisões as quais pode ser submetida, tem seus membros classificados em 2 grandes grupos: o dos fornecedores e o dos consumidores. Quem não se encaixar nestas categorias não será, portanto, verdadeiramente cidadão ou um democrata. Aliás, neste nosso tempo, é por demais

evidente que não é cidadão quem quer, mas sim quem possui um determinado conjunto de títulos e de expectativas. Mesmo a definição de cliente não se aplica a qualquer um. Verdadeiramente quem define o que é ser cliente ou qual o cliente que interessa não são os indivíduos, mas cada empresa que fabrica e comercializa os seus produtos para destinatários ou nichos de mercado com perfis traçados previamente; ou seja, em certa medida, o cliente é uma figura fabricada pelo mercado e pelas suas empresas.

Abordaremos, inclusive, o aspecto humanista da lei do superendividamento no capítulo 6 do presente trabalho.

O cidadão, para que possa ser visto como tal, deverá possuir recursos, seja de produção, seja de consumo, sob pena de ser tão somente alguém dotado de invisibilidade no cenário social.

Aos excluídos resta tão somente uma falsa percepção de participação, seja em debates nas redes sociais, na participação no processo democrático através do voto, ou na aquisição de produtos ou serviços de qualidade inferior.

Pesem embora estas medidas excepcionais, neste tipo de democracia há sempre os irrelevantes, sobretudo se eles não forem descobertos por qualquer setor económico como um mercado a explorar. Neste, como outros campos, a exceção pode constituir-se, na verdade, numa ótima oportunidade de negócio ou num verdadeiro nicho de mercado potencialmente lucrativo.

Torna-se evidente, por esta análise, que os pontos visíveis da democracia iliberal não nos deixam perceber quanto da dignidade de muitos de nós é violada pela subalternização ou mesmo pela centrifugação do sistema oficial por nos considerarem incompetentes ou então sem crédito bastante junto das instituições que regulam a vida económica, social, cultural e política da democracia iliberal para nos considerarem cidadãos de pleno direito.

Claramente, o conhecimento técnico ou tecnocrático, por um lado, e aqueles que geram resultados economicamente viáveis, por outro, tendem a receber maior destaque e financiamento, uma vez que contribuem para o bem-estar geral da sociedade. Isso significa que a suposta democratização do conhecimento, ao não valorizar devidamente outras formas de saber, negligencia ou ignora a importância de diferentes perspectivas, outras epistemologias e narrativas alternativas de emancipação através do conhecimento ou do reconhecimento pelo conhecimento.

Apresentando objeções à teoria libertária, partindo da discussão acerca da taxação de fortunas para redistribuição de renda, e usando o exemplo do astro de basquete Michael Jordan, Sandel (2019, p. 88/89) diz que:

Ele tem a sorte de destacar-se no basquete pelo talento e também de viver em uma sociedade que dá valor a sua habilidade de rodopiar no ar e enfiar uma bola na cesta. Não importa que ele tenha trabalhado arduamente para desenvolver tais habilidades: o fato é que Jordan não pode reivindicar os créditos por seus dotes naturais ou por viver em uma época em que o basquete é popular e regiamente recompensado. Essas coisas não resultam dos seus esforços. Assim, não se pode dizer que ele tenha o direito moral de ficar com todo o dinheiro que seus talentos gerem. A comunidade, portanto, não está sendo injusta ao taxar seus ganhos em prol do bem público.

Ou seja, em uma sociedade que valorizasse outra espécie de conhecimento ou de talento, Jordan não teria a mesma fortuna.

A democracia iliberal se vale ainda de processos aparentemente mais democráticos, porque abertos a todos, de controle da vida das pessoas e instituições. Se atendermos ao que se passa hoje em dia em muitas organizações públicas e privadas, o controle está presente pelo login e senha de acesso, além do aceite na utilização dos chamados cookies. Quando nos valemos de um produto fornecido gratuitamente, na verdade o produto somos nós, e, o preço, as informações colhidas a nosso respeito.

As plataformas digitais assumem, de certo modo, a forma do sinóptico de Bauman (1999, p. 60), o qual não precisa de coação para alguém ser vigiado, porque ele "seduz as pessoas à vigilância"; trata-se, assim, de uma espécie de big brother em que todos se vigiam mutuamente (controlo social) e em que até o próprio controle é controlado.

É por isso que a democracia digital de hoje pode não passar de uma outra expressão da democracia iliberal que nos aponta para um novo ser humano: mais autorreferencial e simultaneamente mais conexionista; mais autónomo e ao mesmo tempo mais (auto)controlado e previsível.

Mas sobre a democracia trataremos no próximo capítulo. Voltemos à questão da garantia dos direitos fundamentais como pressuposto do que temos por humanismo.

Os direitos humanos têm servido vários senhores, colocando-se não raramente na senda dos comportamentos considerados politicamente corretos, nomeadamente quando estes se abrigam sob os desígnios do humanismo.

Por outro lado, os direitos humanos conforme estabelecidos na Declaração Universal de 1948 têm sido interpretados predominantemente sob uma perspectiva que favorece o indivíduo, alinhada com as preferências ocidentais, o que alguns pensadores consideram que desconsidera, em nome da universalização, o contexto específico e a dimensão coletiva da experiência humana, entre outros aspectos.

Isso resulta em um processo onde os direitos humanos se tornam intercambiáveis, tornando difícil estabelecer critérios morais e valores comuns para todos. Dessa forma, entramos em um tipo de relativismo em que o indivíduo se torna a medida de todas as coisas, ou, se preferirmos, em uma era em que o ser humano se auto-referencia em relação aos valores, subordinando-os aos próprios desejos e escolhas individuais.

Uma das consequências desta visão é que a compreensão da esfera pública tendeu a reduzir-se e a tornar-se num espaço mínimo e residual, alterando-se, simultaneamente, o substrato material da cidadania e a interpretação dos direitos individuais.

Assim, ao mesmo tempo em que um falso discurso humanista brada pela defesa dos interesses do indivíduo, ao mesmo tempo dissimula um processo de ajustamento desses direitos às exigências do mercado, em muitos casos, com a anuência voluntária, embora inconsciente, das vítimas.

Os direitos humanos e até mesmo o humanismo, enquanto discurso, podem, assim, serem utilizados para os fins mais diversos e contraditórios possíveis, incluindo o atendimento às necessidades do próprio mercado, em detrimento do indivíduo, como um autêntico ‘cavalo de Tróia’ para a invasão da ideologia mercantil, muitas vezes até em nome da defesa dos direitos políticos e civis, como se fossem estes os únicos que interessaria reivindicar e exercer.

São recorrentes as referências concretas à intervenção, invasão ou interferência dos países ocidentais em casos específicos de pretensa violação dos direitos humanos por parte de alguns países.

De fato, a elasticidade multiuso dos direitos é aqui por demais evidente, em nome de conceções oportunistas e economicamente interesseiras de certos países, que se servem do seu poderio bélico para ‘pacificar’ a seu favor, sob o ‘véu de ignorância’ dos direitos, certas regiões do mundo.

O significado de humanismo, então, é elástico no atinente aos direitos, por quanto é moldado de modo a torná-los em instrumento de atendimento a interesses diversos, mantendo apenas aparentemente a sua pureza inicial. Com efeito, a elasticidade do discurso humanista, articulado com a elasticidade da vida social, permite a criação de ilusões ao mesmo tempo em que realidades são encobertas. Essa elasticidade decorre exatamente dos problemas de ambiguidade e vagueza que mencionamos na abertura deste capítulo.

Poder-se-ia tentar argumentar que essa elasticidade daria uma visão mais funcional e concreta aos direitos, permitindo até manter uma plataforma mínima de direitos potencialmente universalizáveis, em vez de uma listagem historicamente marcada, não consensual, como a que consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Além disso, esta visão contribuiria para renegar uma certa idolatria universalista dos direitos, prejudicial aos mesmos, como vimos no capítulo 1 deste trabalho, cingindo-os ao humanamente possível (remetendo à adoção da cláusula da reserva do possível tão enfatizada pelo Supremo Tribunal Federal), o que contribuiria para uma perspectiva mais sensata e pragmática, embora mais limitada, destes mesmos direitos.

Ademais, aproveitando o que alguns autores, dentre os quais podemos mencionar Comparato (2003), defendem quanto ao desenvolvimento histórico dos direitos humanos e às transformações que ocorrem na nossa sociedade, a elasticidade na utilização do humanismo tem a oportunidade de reiterar o seu realismo ao afirmar que os direitos têm a ver sobretudo com as forças da globalização e da modernização (forças fiscais, comerciais, culturais e informacionais). Por outras palavras, se os direitos humanos são produtos de desenvolvimentos recentes, ou seja, da industrialização, da urbanização e das revoluções nas comunicações e na informação, o humanismo poderá, neste ponto, elevar-se a ideologia universal, cosmopolita, que recobre todos estes aspectos do progresso humano. Além disso, permitiria ultrapassar a velha querela da origem ocidental dos direitos, uma vez que agora se assumiria claramente que as forças atrás referidas (de globalização e de modernização) não são culturalmente específicas.

Não obstante a pertinência desta posição, a questão que se levanta aqui é de saber em que sentido o humanismo que atende aos interesses mercantis interpreta os direitos humanos, considerando, ainda, que a globalização e a modernização são, além

disso, altamente variáveis, porquanto elas podem ter vários sentidos, consoante o poder dos Estados, a capacidade de controle das instâncias de governança globais, o nível de homogeneização cultural, o grau de penetração das economias de mercado, entre outros fatores. Por outras palavras, quer a globalização, quer a modernização, são altamente ambíguas, embora frequentemente se dotem de propriedades propensas à ocultação de uma normatividade congruente com uma ideologia neoliberal e neoconservadora.

Em cenários mais críticos em países de desenvolvimento tardio, a ideia de justiça social, é minimizada, na medida em que se limita a cumprir direitos sociais de baixa intensidade, de assistência aos mais desfavorecidos, em que as intervenções neste campo obedeceriam a uma espécie de nova subsidiariedade do social, em que o público é para os que não podem alcançar o privado, até mesmo em razão, muitas vezes, da qualidade do serviço público colocado à disposição.

Porém, em casos extremos, já nem esta última afirmação é válida. Na verdade, o acesso ao público começa também a ser cada vez mais restritivo, o que pode levar a afirmar que o público está, nos tempos que correm, aberto apenas àqueles que manifestam ser detentores de alguns recursos materiais e/ou de determinado estatuto, devendo os demais procurarem o privado, o doméstico, o assistencial, o acaso, a fatalidade.

Neste contexto, a justiça social não importa ou importa pouco, valendo apenas a justiça que torna o indivíduo mais eficiente e eficaz e, também, mais vendável. Não surpreende, por isso, que nesta fase do desenvolvimento capitalista continue a falar-se em justiça, até porque ela é extremamente funcional ao próprio mercado. E este é mais um ponto cego do discurso do falso humanismo, que não larga a justiça, embora já tivesse abandonado a justiça social.

Essa ideia apadrinha claramente a justiça do mercado global, cuja preocupação primordial não é a igualdade, mas a condução das vidas e das mentes pelos parâmetros de custo e benefício, de eficácia, de maximização da eficiência mercantil, independentemente dos efeitos de exploração, de competição e de desigualdade que geram.

Aliás, estes efeitos são omitidos ou catalogados como colaterais, por aqueles que continuam a defender a justiça empresarial e mercantil como realização humana, que sintoniza o indivíduo com o que hoje verdadeiramente interessa e que permite tecer

os contornos realistas da verdadeira justiça; neste caso, o cidadão autenticamente justo será aquele que se tornou relevante ou ajustado na ordem institucional do mercado, isto é, o cidadão eficiente e vendável.

A essência da justiça do mercado advém da sua capacidade de nos tornar naturalmente felizes pela posse, consumo e intercâmbio de bens e produtos (o que é uma das causas do superendividamento, do qual trataremos no capítulo 6). Isto significa que recolocar no plano da visão formas ditas extremas de justiça social, que se prendam, por exemplo, com o combate às formas institucionalizadas de dominação e opressão nas relações de trabalho, na tomada de decisões ou no plano cultural, pode equivaler ao gesto de distanciamento crítico que poderá dar-nos uma visão mais completa e radical da realidade social e política.

Parece-me evidente que as vicissitudes pelas quais tem passado a democracia, e que serão abordadas no capítulo subsequente, exigem um esforço na sua revitalização, enquadrando devidamente os direitos humanos e a justiça na era dos mercados, sem serem adulterados na sua essência, papel este que, em nosso entendimento, deverá ser exercido pelo Poder Judiciário, conforme analisaremos no capítulo 7.

A democracia, como veremos no capítulo subsequente, deve ser reposicionada no campo das preocupações e da luta pelos direitos compreendidos na sua essencialidade emancipatória e pela justiça social em qualquer parte do mundo, sob pena de termos uma democracia iliberal, não emancipatória.

Ser justo equivale, na verdade, a ser cidadão solidário, que investe continuamente no asseguramento dos direitos de todos, tendo em vista a emancipação social. O contexto político-social e cultural propício ao seu desenvolvimento é o da globalização construída a partir de estruturas menores, em interdialogação e cordialidade, com respeito à soberania estatal territorial e com as diversas forças sociais e as múltiplas comunidades políticas.

Somente a partir de uma construção realizada primeiramente em cada comunidade política concreta e depois entre comunidades, é possível progredir numa concepção mais consistente de justiça global, ainda que utópica a universalização.

Trata-se então de uma proposta mais cosmopolítica de democracia, de justiça e dos direitos, que não deixa de assumir igualmente as formas do respeito, do amor e da solidariedade, ao serviço do incremento de interações em que os sujeitos se interessam

reciprocamente pelos seus percursos de vida diferenciados, porque se valorizam entre si e, deste modo, se experienciam a si próprios como valiosos para a sociedade e para o mundo.

Alçado pela Constituição Federal ao patamar de valor jurídico, o humanismo há de ser garantido, e mais do que isso, realizado, pelo próprio Direito, sob pena de se ter um humanismo apenas de fachada, e não autêntico. E, sem dúvida, a ineficácia é o grande problema que se coloca, e cuja solução buscamos estabelecer na presente tese.

O certo é que o humanismo não se tem feito acompanhar se não de uma prática muito aquém dos prometidos mundos e fundos. Tem sido algo muito mais retórico do que real. Bom para a autoestima das pessoas patrimonializadas e dos países ditos desenvolvidos, mas incapaz de esconder a vexatória verdade de que somente uma micro-minoria de seres humanos e que vive de regular para ótimo. Já a macro-maioria, muito ao contrário, vive mesmo é de ruim para péssimo. Como evidenciam os dramáticos desniveis de riqueza e de saber entre os Estados Unidos da América do Norte e países membros da União Europeia, de um lado, e, de outro, parte dos países da Ásia e a grande maioria dos povos da África e da América do Sul. Tanto quanto as gritantes assimetrias entre habitantes dos próprios estados mais ricos. No interior deles, então. Não sendo despropositado dizer, trocadilhando, que o planeta está empanturrado de gente com fome (Britto, 2010, n.p.).

Se a Constituição Federal estabelece como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem qualquer espécie de preconceito ou discriminação; e a busca do pleno emprego, dentre outros; o que mais assistimos são descompassos sócio regionais, ausência de educação ambiental, injustiça social, marginalização, fome, preconceitos e a proliferação de empregos informais, a ponto de tornar o Brasil como uma referência negativa, um exemplo a não ser seguido pelo mundo, e que Ulrich Beck (2008) denominou risco de “brasileirisação do Ocidente”, que trataremos no tópico 4.1.

Esses problemas comprovam o distanciamento entre o mapa do nosso GPS e a estrada, ou seja, entre o texto normativo, e a norma efetivamente aplicada, conforme abordamos no tópico 2.3.

As normas programáticas da Constituição Federal, ainda que tenham por objetivo, atingir determinados objetivos no futuro, não podem ser lidas como um mero romance ou conto de fadas, possuindo uma relação simbiótica com a realidade.

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro

aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica (Hesse, 1991, p. 13).

Se a Constituição Federal assume o protagonismo da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, ao traçar os fundamentos da República, e enumerar seus objetivos, dentre outros tantos dispositivos, não se pode deixar de buscar sempre a sua máxima efetividade, inserindo-a na agenda das prioridades de todos os operadores do Direito, e vinculando o poder político, que deve ser guiado pelos princípios constitucionais de uma Constituição, não por acaso, chamada de Constituição-dirigente.

Muitos têm ingenuamente acreditado nas virtudes intrínsecas do novo humanismo para regular, de forma quase automática, a vida coletiva e, noutro plano, o próprio liberalismo enquanto sistema económico e político.

Por outro lado, muitos outros estão convictos de que o modelo representativo, muito formal e pouco substantivo da democracia tradicional já não serve. Então, haverá que encontrar outros compromissos, outras definições, outros recursos. Torná-la mais adaptável, mais flexível, mais líquida, mais desterritorializada é, pois, o desafio que a democracia contemporânea deve enfrentar para melhor corresponder ao carácter elástico do mundo social contemporâneo, para melhor enquadrar a plasticidade dos estados e das experiências de dominação ordinárias estruturantes do nosso sistema e para melhor combater a crítica do desencantamento com o sistema capitalista.

A este propósito, muitos esquecem-se da capacidade regenerativa do capitalismo, que aproveita, de fato, as críticas que lhe são dirigidas (por exemplo, de alienação no trabalho ou de mecanização das relações humanas) para se renovar, encontrando, deste modo, pontos de apoio moral que lhe faltam e dispositivos de justiça que o tornam mais humanizado.

Há que se ir mais além e anunciar um outro humanismo, que não só exercite a ética da crítica à mentalidade estabelecida pelos interesses e exigências do Mercado, mas também a ética da justiça e dos direitos, a ética do cuidado, do reconhecimento e da solidariedade.

E assim se fará luz, creio, sobre os ‘pontos cegos’ que na ideologia oficial do humanismo atual não emergem ou são ocultados por outros conceitos, mobilizando-nos

para um outro olhar sobre a democratização da sociedade, a justiça e o empenhamento nas lutas pela dignidade própria e do outro. Assim emergirá um outro humanismo, com contornos de um verdadeiro humanismo democrático, assente nos direitos humanos e na sua narrativa emancipatória e onde todos seremos reconhecidos como verdadeiros "sujeitos políticos e de políticas" (Arroyo, 2012, p. 330).

O controle que acabará por levar a humanidade ao centro da preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, está nas mãos do Poder Judiciário, a quem cabe zelar pelo cumprimento efetivo das diretrizes constitucionais.

Por isso, é que defendemos que, se as teorias jusnaturalistas se mostram insuficientes para a proteção do ser humano, conforme vimos no capítulo 1, e tampouco a mera positivação foi suficiente, diante do distanciamento que pode haver (e de fato, no Brasil, existe) entre o texto normativo e sua aplicação, como analisamos no capítulo 2, a saída encontra-se na efetivação do humanismo democrático, como um verdadeiro limitador ao sistema capitalista, por meio do Poder Judiciário.

Para isso, precisamos enfrentar questões não menos importantes, como os riscos do ativismo judicial, o princípio da reserva do possível, a politização do judiciário e a judicialização da política, problemas estes que abordaremos mais à frente, no capítulo 7.

Por ora, passemos à análise dos efeitos da globalização na proteção dos direitos fundamentais e à própria democracia, ligada, como vimos, de forma indissociável, ao humanismo no sentido aqui adotado.

4 LAISSEZ FAIRE: CADA UM FAZ SUA PRÓPRIA ROTA

4.1 Globalização: um mapa sem fronteiras para as empresas transnacionais

Ulrich Beck (2008, p. 55) já afirmava que conceituar globalização de forma precisa traz em si a mesma dificuldade que tentar pregar um pudim na parede.

Tal dificuldade decorre do fato de coexistirem diversas dimensões da globalização, podendo ser mencionadas, a título exemplificativo, as frentes econômicas, ambientais, culturais, sociais, tecnológicas e de comunicação.

Trataremos da globalização como uma experiência cotidiana sem demarcação de fronteiras em todas as dimensões anteriormente mencionadas, em especial, para o nosso objeto de pesquisa, a econômica.

Embora não se trate de um fenômeno completamente novo, o atual ciclo da globalização coloca em xeque a ideia decorrente do princípio da dignidade humana, do indivíduo visto como um fim em si mesmo, e não como instrumento que possibilite o alcance de finalidades outras.

Mas, afinal, o que há de comum entre o fenômeno da globalização na expansão romana, no descobrimento de novas rotas no período das grandes navegações no século XV, e nas inovações tecnológicas experimentadas na última década?

Luís Campos e Sara Canavazes (2007, p. 10) apresentam algumas características comuns da globalização ocorrida em períodos tão distintos:

- a) trata-se de um processo à escala mundial, ou seja, transversal ao conjunto dos Estados-Nação que compõem o mundo; b) uma dimensão essencial da globalização é a crescente interligação e interdependência entre Estados, organizações e indivíduos do mundo inteiro, não só na esfera das relações econômicas, mas também ao nível da interacção social e política. Ou seja, acontecimentos, decisões e actividades em determinada região do mundo têm significado e consequências em regiões muito distintas do globo; c) uma característica da Globalização é a desterritorialização, ou seja, as relações entre os homens e entre instituições, sejam elas de natureza econômica, política ou cultural, tendem a desvincular-se das contingências do espaço; d) os desenvolvimentos tecnológicos que facilitam a comunicação entre pessoas e entre instituições e que facilitam a circulação de pessoas, bens e serviços, constituem um importante centro nevrálgico da Globalização.

De fato, em todos os períodos mencionados quando do questionamento, podemos notar a presença de tais características, em especial a expansão econômica, sempre a funcionar como um motor de propulsão da globalização.

Porém, o que há de específico no atual estágio da globalização, é a exacerbação de características como a desvinculação das relações entre cidadãos e instituições da contingência de espaço, o desenvolvimento tecnológico e a maior interdependência entre Estados, organizações e indivíduos de todo o mundo, elevadas a patamares inimagináveis nos momentos anteriores.

Segundo Zygmunt Bauman (2021, p. 15), vivemos uma “versão individualizada e privatizada da modernidade”, “experiência que as gerações passadas não experimentaram e nem poderiam imaginar”, na qual “poderes que liquefazem passaram do ‘sistema’ para a ‘sociedade’, da ‘política’ para as ‘políticas da vida’ – ou desceram do nível macro para o nível micro do convívio social”.

Nesse cenário apontado, temos como principais características do fenômeno atual da globalização a desestabilização da hierarquia tradicional do Estado-Nação, articulação tecnológica digital que interliga cidades globais², entidades subnacionais e empresas transnacionais, que escapam do poder estatal nacional, e passam a ditar o sistema econômico-financeiro (Sassen, 2010, p. 16).

O enfraquecimento do Estado-Nação torna-se evidente quando percebemos que nenhum país, isoladamente, possui um poder de barganha maior do que determinados setores da área empresarial, que acabam por ditar o sistema econômico-financeiro, fortalecidos pelo potencial tecnológico, econômico e de informação, desvincilhando-se do antigo poder estatal.

No atual fenômeno da globalização, as fronteiras geográficas são dilaceradas, provocando uma verdadeira relativização da soberania estatal, ao mesmo tempo em que as empresas transnacionais assumem o papel de protagonistas do mercado e da economia.

Por haver sobrevivido às vicissitudes – e não foram poucas –, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XXI é a empresa. Enquanto o Estado se encontra às voltas com a perda da soberania, conceito que perdura

² A autora utiliza o termo para se referir a cidades que se tornam centros de poder e controle, abrigando sedes de empresas multinacionais ou transnacionais, instituições financeiras e fluxos intensos de capital, enquanto, ao mesmo tempo, concentram desigualdades socioeconômicas e desafios para os habitantes locais.

na teoria, mas cada vez mais relativizado, a empresa integra um sistema competente (Nalini, 2012, p. 375).

As empresas transnacionais ocupam hoje, em grande parte, o espaço das multinacionais. Muito embora, os termos sejam muitas vezes utilizados como sinônimos, referindo-se a empresas que exercem operação além das fronteiras do país onde constituídas, há uma distinção conceitual relevante entre eles.

Empresa multinacional é uma organização que possui operações e negócios em vários países, mas mantém sua sede no país de origem. Ela estabelece subsidiárias ou filiais em diferentes nações, para expandir suas atividades e alcançar novos mercados. No entanto, a empresa continua sendo controlada e gerenciada a partir de sua sede principal. A empresa multinacional pode adaptar suas estratégias de acordo com as necessidades e preferências específicas de cada país em que opera.

Por sua vez, a empresa transnacional transcende as fronteiras nacionais em sua essência. É uma empresa globalizada, sem um país de origem definido. Suas operações e decisões são descentralizadas, com poder decisório distribuído entre as várias filiais e subsidiárias em diferentes países. Não há uma "sede" central que controla todas as operações. Essa abordagem pode tornar a empresa mais ágil em responder às mudanças e oportunidades em mercados diferentes.

Em resumo, a principal diferença está na centralização do poder e controle. Enquanto a empresa multinacional tem sua sede em um país específico e opera internacionalmente através de suas filiais, a empresa transnacional opera de forma mais descentralizada e sem uma sede central, tornando irrelevante a outrora estimada questão do espaço físico.

A mudança em questão é a nova irrelevância do espaço, disfarçada de aniquilação do tempo. No universo de *software* da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado, literalmente, em 'tempo nenhum'; cancela-se a diferença entre 'longe' e 'aqui'. O espaço não impõe mais limites à ação e seus efeitos, e conta pouco, ou nem conta. Perdeu seu 'valor estratégico', diriam os especialistas militares (Bauman, 2021, p. 148/149).

A globalização, como fenômeno mundial, é transversal aos Estados-nações, criando uma maior interligação entre todos eles nas esferas econômica, social e política, de forma que acontecimentos e decisões em determinada região do mundo irradiam seus reflexos em todo o globo.

A doutrina tradicional trouxe a ideia de soberania estatal, exercida de forma indelegável, intransferível, inalienável e onipotente pela figura fictícia e abstrata do Estado, dentro de seus limites territoriais geográficos.

A soberania espelhava-se no monopólio da normatividade e da coercibilidade, definindo o Estado o rumo social, político, cultural e econômico de seu povo.

Porém, precisamos refletir sobre o atual conteúdo do poder estatal dito soberano, inclusive com questionamentos acerca de sua existência nos dias de hoje, bem como se os desafios ora enfrentados pela humanidade serão devidamente combatidos com o exercício da soberania, e se ele é suficiente para tanto.

O atual estágio da globalização traz consigo a ascensão e o protagonismo das empresas transnacionais, genericamente abrangidas por uma expressão também abstrata e de conteúdo indeterminado: o “mercado”.

“O mercado tal como o conhecemos, aquele que os economistas aceitam como um dado universal, como uma natureza, é na verdade um artefato construído em grande parte pelo Estado” (Bourdieu, 2014, p. 301).

Isso porque o Estado desempenha um papel crucial na reprodução e legitimação das desigualdades sociais, por meio da utilização de uma forma específica de capital - o capital político – através do qual o Estado exerceria o controle sobre outras esferas da sociedade, inclusive o mercado, para beneficiar determinados grupos e interesses.

Para exemplificar, podemos mencionar a norma constitucional insculpida no artigo 219, segundo o qual:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Porém, hoje temos uma verdadeira inversão dos papéis, e ao invés de um mercado a serviço do Estado, podemos notar cada vez mais um Estado a serviço do mercado. Sobre essa alteração, narra Robert Reich:

A partir da década de 1970 as grandes empresas se tornaram muito mais competitivas, globais e inovadoras. Nasceu algo que eu denomino de

Supercapitalismo. Nesse processo de transformação, como consumidores e como investidores, efetuamos grandes conquistas; no entanto, como cidadãos, em busca do bem comum, perdemos terreno. As 4065 mudanças começaram quando as tecnologias desenvolvidas pelo governo para os embates da guerra fria se incorporaram em novos produtos e serviços. Daí surgiram oportunidades para novos concorrentes nos transportes, nas comunicações, na manufatura e nas finanças. Tudo isso provocou rupturas no sistema de produção estável e, a partir de fins da década de 1970, em ritmo cada vez mais acelerado, forçou todas as empresas a competir mais intensamente por clientes e por investidores. O poder dos consumidores se congregou e se ampliou sob a forma de grandes varejistas de massa. O poder dos investidores também se congregou e se ampliou mediante enormes fundos de pensão e fundos de investimentos, que pressionavam as empresas a gerar retornos cada vez mais elevados. (...) As grandes empresas que dominavam setores inteiros recuaram e os sindicatos trabalhistas encolheram (Reich, 2008, p. 5)

Se houve um tempo no qual o sistema dos mercados era visto como limitado, a situação hoje é radicalmente oposta. O mercado se apresenta como o único caminho viável, sobrepondo-se ao Estado, inclusive com imposição de suas regras e produção das normas de que necessita.

O clima intelectual mudou muito ao longo destas últimas décadas, e as posições inverteram-se. Hoje em geral se supõe que as virtudes do mecanismo de mercado são tão difusas que dispensam toda e qualquer ressalva. Quem quer que aponte os defeitos do mecanismo de mercado parece ser, no espírito atual, estranhamento antiquado e contrário à cultura contemporânea (como tocar um disco de 78 rotações com música dos anos 1920). Um conjunto de preconceitos deu lugar a outro, oposto. A fé não examinada de ontem tornou-se hoje uma heresia, e a heresia de ontem é agora a nova superstição (Sen; 2010, p. 150).

No estágio anterior do capitalismo, em que este era domesticado pelo Estado do bem-estar social e organizado em bases democráticas, o poder das empresas, em especial as transnacionais, permanecia oculto.

Não está a se dizer que tais empresas não detinham poder, mas que este encontrava-se em estágio de dormência, inertes até que fossem descobertos por seus próprios titulares, que o possuíam, entretanto, não sabiam.

Hoje, podemos afirmar que as gigantes transnacionais detêm o poder não apenas de configurar o mercado e a economia, mas a própria sociedade como um todo, a partir do momento em que pode interferir em questões de relevância e interesse social, como capital, tributos e trabalho.

Com a dissolução da modernidade, cai por terra a aliança entre economia de mercado, Estado do bem-estar social e a democracia, destacando que a Globalização é como um processo que vincula e cria espaços transnacionais sem ‘Estado Mundial’ – no sentido de governança mundial –, sem poder hegemônico nem regime internacional, mas com a crescente difusão do capitalismo globalmente desorganizado do ponto de vista civil e não do econômico.

Todo o mundo é rebolcado hoje, no vértice do insopitável ‘templo de consumo’ (de Bauman) da Economia cujo centro de rotação é o capital de sagrada sobretudo privada (Dominiquini, 2015, p. 45).

No século XXI, a globalização está para as empresas transnacionais, como a questão das classes sociais estava para o movimento dos trabalhadores no século XIX (Beck, 2008, p. 16).

O protagonismo das transnacionais é consequência do exercício do poder tecnológico, econômico, financeiro e informacional, poderes estes concentrados em maior abundância nas mãos de tais empresas do que com o próprio Estado.

Sem qualquer obrigação do ponto de vista social ou assistencial, que ficaram atribuídas exclusivamente ao Estado, as grandes empresas, protagonistas do mundo globalizado, puderam acumular riquezas e investir em tecnologia, o que possibilitou que atingissem um patamar consideravelmente acima daquele em que se encontra o Estado.

Hoje, podemos afirmar que nenhum país, sozinho, tem o mesmo poder, do ponto de vista econômico e tecnológico, do que as grandes empresas transnacionais.

Além do poder financeiro e tecnológico, há de se mencionar o poder informacional, que recebe grande destaque no século XXI. Não por acaso, as maiores empresas, que valem trilhões, são empresas que trabalham com dados. Conforme frase atribuída a Clive Humby: “os dados são o novo petróleo”.

A analogia de Humby é aplicável no sentido de que o poder informacional é o insumo que possibilita a riqueza, mas há de se ressaltar uma importante diferença: a dificuldade do petróleo sempre esteve em sua obtenção, enquanto os dados são de fácil obtenção, porém a verdadeira riqueza está na correta interpretação e utilização, o que implica na utilização de tecnologia de ponta.

Por outro lado, os dados não possuem a finitude típica do petróleo.

A ascensão do capitalismo como modo de produção único e a economia globalizada acentuou a importância da empresa na atual organização da sociedade.

O Estado, como ocorreu em nosso país, passa a seguir os modelos organização empresarial na busca da diminuição de seus custos e aumento da eficiência.

Essas mudanças repercutem no gradativo e constante aumento do poder econômico da empresa.

A evolução tecnológica forma as bases da quarta revolução industrial por meio de soluções inovadoras, como ocorre com a inteligência artificial, internet das coisas e o acúmulo expressivo de dados e informações, conformando a chamada economia digital.

Nessa perspectiva há relevância da reunião e processamento das informações das pessoas enquanto meio de afirmação e utilização do poder empresarial.

O incremento das tecnologias da informação permitiu às empresas monitorar o comportamento presente e tendências futuras de seus consumidores a partir do tratamento de seus dados pessoais.

Essa situação atinge todos os países, todavia, tem maior potencial ofensivo aos direitos de liberdade e privacidade naqueles de capitalismo tardio, ante as dificuldades do Poder Estatal em regular a atividade empresarial (Benacchio; Maciel; 2020, p. 39).

A lei geral de proteção de dados, lei nº 13.709/18, busca a proteção dos direitos fundamentais individuais dos titulares dos dados, mas sem abrir mão, por outro lado, da liberdade de expressão, do desenvolvimento econômico e tecnológico, da inovação, da livre concorrência, e da livre iniciativa, fundamentos antagônicos entre si, mas que, nos mesmos moldes do artigo 170 da Constituição Federal, o qual será estudado no capítulo 6 do presente trabalho, deve servir como limites às bases capitalistas garantidas constitucionalmente. Tais fundamentos são enumerados explicitamente no artigo 2º de mencionada lei:

Art. 2º: A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
 I - o respeito à privacidade;
 II - a autodeterminação informativa;
 III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
 IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
 V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
 VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
 VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A preocupação do legislador é legítima, pois, conforme já mencionado, as maiores empresas são exatamente aquelas que trabalham com dados, confirmado a afirmação de Clive Humby, também já exposta. E quanto maior o poder econômico e tecnológico, maior a capacidade de crescimento através da captação, tratamento e interpretação dos dados, sendo este um terreno fértil para surgimento de monopólios em detrimento da livre concorrência, em prejuízo da coletividade.

Assim, pensar na proteção de dados pessoais, para muito além da defesa dos direitos individuais dos cidadãos, deve envolver a reflexão de que o poder de controle e de concentração sobre os dados coletados está centralizado em um pequeno número de atores, tanto públicos como privados, localizados primordialmente em uma única jurisdição e, portanto, com grande potencial para uma rápida erosão da soberania dos Estados e da própria democracia (Benacchio; Maciel; 2020, p. 42).

Diante desse poderio, a tradicional soberania estatal não tem se mostrado forte o suficiente para enfrentar a influência hegemônica exercida pelas grandes empresas transnacionais.

E a pergunta que devemos fazer é: em tal cenário, onde está e quem é o homem? Seria ele um fim em si mesmo, ou estaria ele reduzido a seus dados e instrumento para realização do lucro por parte do mercado?

Em busca do lucro a qualquer custo, tais empresas se valem da possibilidade de migrar sua produção e o seu nicho de mercado para países de desenvolvimento tardio, que normalmente estão dispostos a flexibilizar legislações trabalhistas e ambientais, para atrair o capital e o investimento dessas empresas, ainda que em detrimento da violação dos direitos fundamentais de seu próprio povo.

Ao invés de permanecerem vinculada ao Estado que as originaram, as empresas transnacionais optam por manter apenas o seu centro de inteligência nos países desenvolvidos, transferindo setores de produção para países em desenvolvimento, onde, no exercício do poder de barganha, conseguem obter melhores condições (do ponto de vista da empresa) no que diz respeito à menor tributação, redução dos direitos trabalhistas, e maiores índices de poluição ambiental.

Gilberto Dupas (2005, p. 95/96) aponta que as dez maiores empresas transnacionais possuem faturamento equivalente ao Brasil, México, Argentina, Chile, Colômbia, Peru, Uruguai e Venezuela somados.

Valendo-se de sua condição privilegiada e buscando fugir das rédeas dos países desenvolvidos (que eventualmente poderiam melhor regular sua atuação), as Empresas Transnacionais procuram manter seu centro intelectual nos países desenvolvidos. Porém, em relação a sua parte produtiva que não necessita de trabalho intelectual ou que é prejudicial ao planeta/trabalhadores, levam tais sedes para os países em desenvolvimento (Vailatti, 2017, p. 55).

Impressiona o fato de que a aquisição (ou seria apenas descoberta?) desse poder se deu sem guerrilha, sem revolução, e não precisou sequer de mudanças constitucionais ou legislativas estruturantes.

Em primeiro lugar, podemos exportar empregos para onde os custos laborais e a carga fiscal sobre a mão-de-obra são mais baixos. Em segundo lugar, estamos em condições (devido às novas técnicas de informação, que chegam aos últimos cantos do mundo) de desagregar produtos e serviços, bem como de distribuir trabalhos por todo o mundo, de forma que as marcas nacionais e empresariais possam facilmente nos enganar. Em terceiro lugar, estamos em posição de usar os Estados nacionais e os centros de produção individuais contra eles mesmos e, deste modo, alcançar “acordos globais” com vista a condições fiscais mais brandas e infraestruturas mais favoráveis; Da mesma forma, podemos “punir” os Estados nacionais quando eles são “careiros” ou “muito hostis” com os nossos investimentos. Em quarto e último lugar, podemos distinguir automaticamente, no meio das fragosidades - controladas - da produção global, entre local de investimento, local de produção, local de declaração focal e local de residência, o que significa que os quadros

dirigentes poderão viver e residir aonde for mais atraente para eles e pagar impostos onde for menos oneroso (Beck, 2008, p. 19/20).

Todo esse processo ocorre sem que tenhamos sequer um debate público sobre o assunto, e de forma que o Estado passe a ser um refém do interesse das grandes protagonistas, interesse este que é tão somente um: o lucro.

Caso um determinado Estado não forneça as melhores condições para que tal objetivo seja atingido em seu máximo grau possível, outro por certo as fornecerá.

Quando se analisa a globalização econômica, percebe-se que ela produziu uma nova divisão internacional do trabalho, caracterizada pelo processo de produção sendo realizado em vários países. Este novo processo, que engendra o desemprego, a diminuição progressiva de salários e das condições de trabalho e a perda das garantias sociais, segundo a leitura de Milton Santos, gerou um tipo peculiar de pobreza, por ele denominada ‘pobreza estrutural’ orquestrada pelas Empresas Transnacionais e instituições internacionais, globalizando-se por todo o mundo e propagando a exclusão social (Costa, Opuszka; 2013, p. 223).

O poder do Estado sempre foi limitado a sua extensão territorial, critério eminentemente geográfico. Entretanto, em uma sociedade global, na qual as fronteiras deixam de constituir barreira, o Estado assiste, aos poucos, ao esfacelamento desse poder, mesmo dentro de duas fronteiras.

Neste sentido, percebe-se que o simples fato do Direito Constitucional e também dos Direitos Humanos (previstos ou não dentro das constituições) consagrarem direitos universais não é suficiente para permitir com que o Estado possua poder para efetivá-los. (...) Ao mesmo tempo em que os mecanismos de proteção dos Direitos Humanos ganham projeção no plano normativo, sua eficácia fica reduzida quando o Estado precisa aplicá-lo (Vailatti, 2017, p. 52/53).

Se os direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão, denominados sob a rubrica direitos sociais, foram importante instrumento de compatibilização democrática entre Estado, mercado e sociedade, o atual ciclo da globalização vem, paulatinamente, revertendo tal equilíbrio, pendendo apenas para o lado em que se encontram os interesses exclusivamente do setor econômico.

(...) a encenação da globalização permite aos empresários, e aos seus associados, reconquistar e mais uma vez dispor do poder de negociação política e socialmente domesticado do capitalismo democraticamente organizado. A globalização torna possível o que sem dúvida sempre esteve presente no capitalismo, mas que permaneceu numa forma larvar durante a fase de sua domesticação pela sociedade estatal e democrática: que os empresários, especialmente aqueles que se movem a nível planetário, podem desempenhar um papel fundamental na configuração não só da economia, mas também da sociedade como um todo, ainda que ‘apenas’ pelo poder que têm de privar a sociedade dos seus recursos materiais (capital, impostos, empregos) (Beck, 2008, p. 15/16).

Não se pode admitir o argumento, em favor dos países de desenvolvimento tardio que se submetem a flexibilizações de direitos fundamentais impostas pelas empresas transnacionais, de que tal flexibilização atrai investimento externo em tecnologia, geração de empregos, potencialização do consumo, e do recolhimento de tributos.

Seria um raciocínio de permitir a violação a direitos fundamentais, para que, a partir de tal violação, se garantisse um mínimo de direitos fundamentais a uma população marginalizada em regiões mais pobres do globo, regiões estas que desenvolver-se-iam a partir da atuação das empresas transnacionais em seu território. Essa visão utilitarista será objeto de aprofundamento e crítica no capítulo 5 do presente trabalho.

Amartya Sen (2010), ao tratar do assunto, nega veementemente tal possibilidade, pois o desenvolvimento somente seria alcançado com a potencialização das liberdades de escolhas em todos os seus aspectos, e isso não é possibilitado na prática de retirar, ou mitigar, direitos fundamentais daqueles que mais necessitam, para garantir-lhes um mínimo, sem qualquer possibilidade de escolha.

Imaginou-se num primeiro momento, que a globalização e o crescimento das transnacionais levariam o desenvolvimento, o investimento e a empregabilidade para os países menos desenvolvidos. Entretanto, o que se observa é a precariedade dos parcisos empregos existentes, violação de direitos fundamentais e uma concentração de riquezas ainda maior.

O clássico sistema do *laissez faire* já nos mostrou que não levará a um destino seguro.

A ausência de qualquer regulação ou intervenção estatal, em um mundo globalizado, favorece tão somente as grandes empresas detentoras do poder econômico, que direcionam seus investimentos em troca da flexibilização de regras atinentes a direitos fundamentais.

Com a violação dos direitos fundamentais, o capitalismo apresenta como único objetivo o lucro, fugindo das diretrizes constitucionais que o consolidaram como sistema econômico vigente.

Um Estado que tem mitigada sua soberania dentro de seu próprio território, com suas fronteiras dilaceradas por um mercado global, é um Estado que não terá

instrumentos para garantir os direitos fundamentais dos que mais necessitam, fundados no direito natural, no direito positivo ou mesmo na visão humanista, conforme abordagem dos capítulos anteriores, havendo um risco, no âmbito interno, até mesmo ao sistema democrático, conforme analisaremos na sequência.

4.2 Democracias iliberais: contorno obrigatório

Como forma de governo, ao contrário da moderna teoria liberal, a democracia é antiga e seu conceito é complexo.

O pensamento político grego introduziu a ideia da democracia como o governo do povo, de muitos, da maioria, como uma alternativa ao governo de um só (monarquia) ou de poucos (oligarquia).

Essa ideia central ainda é defendida, muitas vezes, até os dias de hoje, ainda que no decorrer dos séculos tenham sido experimentadas modificações de natureza valorativa, se a democracia seria melhor do que o governo de um ou de poucos ou vice-versa, bem como sendo utilizado o termo em outras acepções que não a política.

Se comparada a democracia antiga com a democracia predominante na Idade Moderna, não há qualquer diferença quanto à titularidade do poder, que é sempre do povo, dos cidadãos que decidem, em última instância, da coletividade, mas há diferenças quanto à maneira, mais ampla ou menos ampla, através da qual esse poder seria exercido.

Nos mesmos anos em que, por meio das Declarações de Direitos, nascia o Estado constitucional moderno, os autores de *O Federalista* contrapunham a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível em um grande Estado (Bobbio, 2017, p. 56).

Até mesmo Rousseau, que sempre defendeu a democracia direta, sob o argumento de que “a soberania não pode ser representada (...) se o povo inglês pensa ser livre – engana-se redondamente: só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; uma vez que são eleitos, ele é escravo, ele não é nada” (Rousseau; 2015, p. 87), acabou por se convencer da necessidade de adoção do sistema representativo - no qual as decisões são tomadas não diretamente pelos cidadãos, mas por representantes por eles

eleitos - à medida em que uma verdadeira democracia jamais existiu e nem existirá, pois exigiria um Estado territorialmente pequeno, com facilidade de reunir o povo; simplicidade de costumes; igualdade de condições e fortunas, com pouco ou nenhum luxo, concluindo que “se houvesse um povo de deuses, estes se governariam democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens” (Rousseau; 2015, p. 63).

Para Norberto Bobbio (2017, p. 58/59), a democracia representativa, ou indireta, nasceu também da convicção de que as melhores decisões seriam tomadas pelos representantes, com vistas ao bem comum, e não diretamente pelos indivíduos fechados em seus próprios interesses individuais.

Tal sentido atribuído ao termo democracia é muito mais procedural do que substancial, pois coloca-se em evidência um conjunto de regras para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maioria dos cidadãos, em um sentido estritamente formal.

Porém, fora da esfera política, o termo também designa o ideal no qual deveria se inspirar qualquer governo, que é a igualdade de todos como finalidade última. Sob essa ótica, a democracia seria muito mais substancial, relacionada a seu conteúdo, do que as regras formais de um jogo.

O embate entre as acepções pode ser resumido no dilema: a democracia é o exercício do poder pelo povo (aspecto formal) ou para o povo (sentido substancial)? Se transpusermos esse dilema para os direitos fundamentais em espécie, teríamos um embate entre a liberdade e a igualdade. Afinal, “é mais democrático um regime em que a democracia formal não se faz acompanhar de uma ampla igualdade ou o regime em que uma ampla igualdade é obtida por meio de um governo despótico”? (Bobbio; 2017, p. 61)

E o problema é ainda maior se tratarmos da vaguedade dos termos “liberdade” e “igualdade”.

Liberdade para fazer o que? Quais os limites? Liberdade de pensamento? De ir e vir? Igualdade de direitos? Ou econômica?

Por certo, é uma discussão para a qual não há uma resposta definitiva.

O senso comum pensa que uma palavra “é” isso ou aquilo, corresponde a um algo, mesmo que esse algo seja uma ideia confusa. Não. Os significados das

palavras nascem e vão se modificando enquanto aquela palavra for utilizada, e sua vaguedade e ambiguidade ainda variam no tempo e no espaço. Ou seja: não há uma necessidade intrínseca entre os conceitos de democracia e liberalismo, pois as palavras dependem de contexto. É possível unir esses conceitos, porém, desde que o orador deixe claro o ponto de partida. (...) Deve-se ressaltar que “democrático” passou a ser uma daquelas palavras que atrai simpatia do auditório sem precisar ser definida. Como “sem preconceito”, “esclarecido” ou “libertador”. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não se apresente como democrático (popular, social etc.). O efeito é o mesmo, a contrario sensu, para qualificações como “antidemocrático”, que atrai antipatias, como em “fanático”, “intolerante” ou “preconceituoso”. Basta observar que falar em democracia, e até em liberalismo, não é privilégio desta ou daquela ideologia, é um poderoso instrumento retórico (Adeodato; Rossini; 2023, p. 28/29).

Porém, podemos afirmar que, decerto, o Estado liberal está muito mais ligado ao termo democracia em sua acepção político-formal do que no sentido substancial, prevalecendo no ideal liberal o direito fundamental da liberdade, ainda que em detrimento da igualdade material.

A aproximação entre a democracia e o liberalismo se dá a partir do momento que a igualdade é tomada do ponto de vista formal, como uma igualdade de direitos, sem nenhum viés econômico, ou de igualdade de oportunidades, de modo que guarda estrita relação com a mera não intervenção estatal, ou seja, com a liberdade, aproximando-se assim os ideais democrata e liberal.

Nenhum dos princípios de igualdade, acima ilustrados, vinculados ao surgimento do Estado liberal, tem a ver com o igualitarismo democrático, o qual se estende até o ponto de perseguir o ideal de certo igualamento econômico, estranho à tradição do pensamento liberal. Esse foi impulsionado até a aceitação, além da igualdade jurídica, da igualdade das oportunidades, que prevê o igualamento dos pontos de partida, mas não dos pontos de chegada. Com respeito, portanto, aos vários significados possíveis de igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar, o que explica, entre outras coisas, a contraposição histórica entre eles durante um longo trecho da estrada. Em que sentido, então, a democracia pode ser considerada como o prosseguimento e o aperfeiçoamento do Estado liberal, ao ponto de justificar o uso da expressão ‘liberal-democracia’ para designar um certo número de regimes atuais? Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada o atual desenvolvimento do Estado liberal somente se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado de sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é atribuindo ao maior número de cidadãos o direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos direitos políticos até o último até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo as restrições à idade (que, em geral, coincidem com a maioridade). Ainda que muitos escritores liberais tenham contestado a oportunidade da extensão do sufrágio universal e no momento da formação do Estado liberal a participação no voto somente era permitida aos proprietários, o sufrágio universal não é, em princípio, adverso nem ao Estado de direito nem ao Estado mínimo. Ao contrário, deve-se dizer que se foi formando tal interdependência entre e outro que, enquanto no início puderam se formar Estados liberais que não eram democráticos (se não nas declarações de princípios), hoje não seriam mais concebíveis nem Estados

liberais não democráticos, nem Estados democráticos que não fossem também liberais (Bobbio; 2017, p. 65).

Com a devida vênia, a conclusão de que democracia e liberalismo são indissociáveis é fruto de uma premissa equivocada, que toma o sentido de democracia como unívoco, exclusivamente em seu sentido político, ligado ao exercício da soberania popular formal, por meio do voto.

Na base da nova utilização do conceito de “iliberalismo” está a ideia de que democracia não é apenas o voto formal, mas que precisa proteger determinados direitos, isto é, ter um conteúdo ético específico. Falando mais tecnicamente, é a ideia de que o procedimento não é suficiente para a legitimação do poder.

Mesmo de uma perspectiva ainda formal, na teoria e na prática há mecanismos procedimentais de controle, tais como o impeachment, o recall, o Abberufungsrecht e outros institutos híbridos mundo afora. Existem há tempo, mas não se universalizaram. E são também constituídos por procedimentos, repita-se, não controlam conteúdos (Adeodato; Rossini; 2023, p. 29).

Mais do que se tomar o termo “democracia” em sua acepção formal, é preciso se atentar ao modo de seu exercício.

É preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a prática da democracia e de direitos políticos. (...) A democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária. A oportunidade que ela oferece tem de ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Essa é, evidentemente, uma característica básica das liberdades em geral – muito depende do modo como elas são realmente exercidas (Sen; 2010, p. 204).

Ocorre que a globalização irradia seus efeitos, sendo tal fenômeno uma das fontes da separação entre democracia e liberalismo.

A neutralização dos espaços físicos implica em consequências de todos os matizes, algumas desejáveis, como a facilidade de comunicação e do tráfego de informação e tecnologia, e outras nem tão benéficas.

Trataremos então de alguns efeitos indesejáveis oriundos de tal fenômeno, em especial aqueles relacionados à flexibilização, ou até mesmo desconsideração, de direitos fundamentais do ser humano.

Uma vez detentoras do poder de protagonismo no mundo globalizado, as empresas transnacionais assumem o papel que outrora foi do Estado, o qual, por sua vez, vê-se enfraquecido, inclusive no conceito de soberania, que hoje exige uma releitura.

Junto com as empresas transnacionais e a busca desenfreada pelo lucro, expõem-se também o desemprego, relações precárias de trabalho, degradação ambiental, desigualdades sociais e uma constante violação aos direitos humanos.

Cria-se, dessa forma, uma pobreza estruturante, com a marginalização de uma parcela considerável da população desse crescimento, restrito aos protagonistas do capitalismo na atualidade.

Ademais, ao julgar-se o desenvolvimento econômico não é adequado considerar apenas o crescimento do PNB ou de alguns outros indicadores de expansão econômica global. Precisamos também considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e as capacidades dos cidadãos. É particularmente importante, nesse contexto, examinar a relação entre, de um lado, direitos políticos e civis e, de outro, a prevenção de grandes desastres (como a fome coletiva). Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar, etc.) pode realmente fazer diferença (Sen, 2010, p. 198/199).

Para se ter uma ideia, de acordo com o relatório *Global Wealth Report 2021*³, do banco suíço *Credit Suisse*, no Brasil, o abismo existente entre ricos e pobres se aprofundou ainda mais no último ano, e o 1% mais rico da nossa população detém hoje 49,6%, ou seja, quase metade, de toda a riqueza nacional.

Paradoxalmente, as elites financeiras e patrimoniais de alguns setores da periferia apresentam níveis de vida comparáveis e em alguns aspectos superiores àqueles observáveis em regiões desenvolvidas, ainda que precisem conviver com problemas tais como moléstias contagiosas, qualidade de água e alimentos, ineficiência em serviços públicos etc. (Adeodato, 2018, p. 51).

Enquanto isso, questões ambientais são relegadas a segundo plano, em clara afronta à preservação para a geração presente, bem como para as futuras, preconizadas pela Constituição Federal.

Além da desigualdade e da degradação, grande parte da população vivencia uma realidade de condições precárias de trabalho, com salários insuficientes para o custeio das necessidades mais básicas, insegurança e precariedade das relações de emprego.

Ora, mas se são concedidos tamanhos benefícios de natureza tributária a tais empresas, quem, afinal, paga por essa conta? O contribuinte nacional, assim como as médias e pequenas empresas, geradoras de emprego.

³ Relatório disponível em <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html> Consultado em 27 de junho de 2021.

Eis então o paradoxo: quem fornece condições precárias, é premiado, e quem de fato pode gerar melhores condições é penalizado.

Essa exclusão é terreno fértil para o crescimento de discursos populistas com promessas de combate ao sistema criado pelas elites, e a ascensão ao poder dos chamados *outsiders*, em uma transformação democrática que, se não freada, pode levar ao seu aniquilamento, conduzido de forma inconsciente por uma polarização política extremada, e pela falta de diálogo.

Levitsky e Ziblatt (2018) mencionam os exemplos de Mussolini, na Itália, e Hitler, na Alemanha, que eram figuras estranhas à política, e ganharam força popular com um discurso nacionalista e contra as elites dominantes em um cenário no qual os partidos políticos tradicionais encontravam-se desacreditados.

Para tanto, tais figuras muitas vezes são recepcionados e têm as portas abertas por partidos políticos atuantes, ou *insiders*, que se aproveitam do clamor popular em torno do discurso sedutor para aproximarem-se e recuperar parte da simpatia perdida.

Além da mencionada exclusão social, outro fator que leva ao surgimento de figuras autoritárias é a polarização política, somada à falta de diálogo.

A tolerância mútua diz respeito à ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir, e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos. Isso significa reconhecermos que nossos rivais políticos são cidadãos decentes, patrióticos, cumpridores da lei – que amam nosso país e respeitam a Constituição assim como nós. O que quer dizer que, mesmo se acreditarmos que suas ideias sejam idiotas, nós não a vemos como uma ameaça existencial. Tampouco os tratamos como traidores, subversivos ou desqualificados. Podemos derramar lágrimas na noite da eleição quando o outro lado vence, mas não consideramos isso um acontecimento apocalíptico. Dito de outra forma, tolerância mútua é a disposição dos políticos de concordarem em discordar (Levitsky, Ziblatt, 2018, p. 103/104).

Ao mais simples sinal do surgimento de um *outsider* antidemocrático, as forças políticas tradicionais deveriam unir-se a fim de manter a estabilidade democrática, impedindo a entrada de figuras autoritárias. Para tanto, essencial o diálogo!

Não havendo diálogo para se chegar a um meio termo entre forças políticas tradicionalmente antagônicas, tão somente para repelir qualquer ameaça à democracia, esta tornar-se-á uma realidade sem maiores dificuldades.

Em sociedades inundadas por problemas como corrupção, falta de prestígio dos partidos tradicionais, percepção generalizada de ineficácia das instituições, intolerância

e falta de diálogo, tem se mostrado inevitável uma mudança paradigmática, com o descolamento da relação entre valores liberais e a estrutura democrática, criando uma enorme dificuldade no que diz respeito a garantia dos direitos fundamentais.

É o que Fareed Zakaria, em artigo publicado na revista *Foreign Affairs*, em 1997, chamou de “democracia iliberal”, referindo-se, à época, a países latino-americanos e do leste europeu, que passavam por processos de transição democrática, com resquícios de autoritarismo. Segundo o autor:

Os regimes eleitos democraticamente, muitas vezes reeleitos ou reafirmados através de referendos, ignoram sistematicamente os limites constitucionais ao seu poder e privam os seus cidadãos de direitos e liberdades básicos. Do Peru à Autoridade Palestina, da Serra Leoa à Eslováquia, do Paquistão às Filipinas, assistimos ao surgimento de um fenómeno perturbador na vida internacional – a democracia iliberal (Zakaria, 1997, n.p.).

Desde então, o termo foi atribuído a diversos regimes, em tese democráticos, ao redor do mundo: Rússia, Turquia, Filipinas, Hungria, Polônia, Estados Unidos e Brasil são alguns exemplos.

A ruptura entre democracia e liberalismo é marcada por um processo de rejeição, por setores da sociedade, às instituições formais e às minorias, unido aos problemas sociais de marginalização e pobreza estruturante já mencionados.

Se a democracia participativa já se mostrava inviável nas sociedades complexas, a situação fica ainda pior com a crise de representação, decorrente do distanciamento entre governantes e governados, e o sentimento de que os detentores do poder não nos representam.

As realizações da democracia dependem não só das regras e procedimentos que são adotados e salvaguardados, como também do modo como as oportunidades são usadas pelos cidadãos. Fidel Valdez Ramos, o ex-presidente das Filipinas, explicou essa questão com grande clareza em um discurso que proferiu em novembro de 1988 na Australian National University: Sob um regime ditatorial, as pessoas não precisam pensar – não precisam escolher – não precisam tomar decisões ou dar seu consentimento. Tudo o que precisam fazer é obedecer. Essa foi uma lição amarga aprendida com a experiência política filipina não muito tempo atrás. Em contraste, a democracia não pode sobreviver sem virtude cívica. (...) O desafio político para os povos de todo o mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns (Sen; 2010, p. 204/205).

A polarização exacerbada faz com que o jogo político se transforme em simples ataque aos adversários, negação de legitimidade e disseminação do medo pelo resultado, deixando de lado a competição pelo voto livre popular.

Soma-se a isso a falta de informação, e até mesmo a desinformação, propagada em forma de *fakes news* através de instrumentos tecnológicos.

Conforme bem observa Harari (2018, n.p.), “a crise da democracia liberal se desenrola não somente em parlamentos e seções eleitorais, mas também nos neurônios e nas sinapses”.

A precarização das relações de trabalho, a exclusão social e marginalização de parcela da população do crescimento não é exclusividade do Brasil.

Ao referir-se sobre a expansão do problema para parte razoável do mundo, Ulrich Beck cunhou a expressão “*brasileñización de occidente*”.

A consequência involuntária da utopia neoliberal do livre mercado é a brasileirização do Ocidente. O que mais chama a atenção no atual panorama laboral global não é apenas a elevada taxa de desemprego nos países europeus, o chamado milagre do emprego nos Estados Unidos, ou a passagem da sociedade do conhecimento, ou seja, como será o trabalho no futuro no domínio da informação. É, antes, a grande semelhança que pode ser vista na evolução do trabalho nos chamados primeiro e terceiro mundos. Assistimos à ascensão do precário, do descontínuo, do impreciso e do informal na fortaleza que é a sociedade de pleno emprego no Ocidente. Em outras palavras: a multiplicidade, a complexidade e a insegurança no trabalho, bem como o modo de vida sulista em geral, estão a espalhar-se pelos centros nevrálgicos do mundo ocidental (Beck, 2007, p. 9).

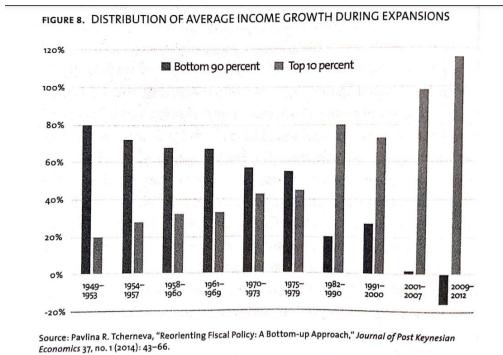
A criação de tal expressão refere-se principalmente à precariedade do trabalho no Brasil, caracterizada pelas condições, baixos salário e, em especial, pela escalada dos trabalhos informais.

A grande preocupação é que o mundo ocidental assiste hoje à uma expansão de tal modelo em territórios outrora inimagináveis, como por exemplo na Alemanha, onde, nos anos 60 do século passado, apenas 10% da população economicamente ativa estava alocada em trabalhos informais; nos anos 70, tal índice já era de 20%; nos anos 80, 25%; e, nos anos 90, um terço da população economicamente ativa atuava na precariedade (Beck, 2007, p. 10).

Em um país semi-industrializado como o Brasil, os trabalhadores formais com emprego em tempo integral representam apenas uma minoria da grande massa dos economicamente ativos. A maioria vive em condições de trabalho precárias. São muitos os vendedores ambulantes, pequenos comerciantes e pequenos artesãos, que se oferecem como empregados domésticos de todos os tipos, ou “trabalhadores nômades” que transitam entre os mais variados ramos de atividade. Como apontam numerosos dados nas chamadas sociedades de pleno emprego “altamente desenvolvidas”, esta “multi-atividade” nômade (uma distinção até agora geralmente reservada ao trabalho feminino no Ocidente) não constitui uma “grandeza residual pré-moderna”, mas antes uma variante de desenvolvimento em rápida expansão nas sociedades laborais pós-modernas, que estão a se esvaziar daquela

modalidade atrativa, altamente qualificada e bem remunerada que é a atividade laboral plena (Beck, 2007, p. 09/10).

O fenômeno do crescimento acompanhado de exclusão e marginalização foi observado também nos Estados Unidos, conforme nos mostra o gráfico apresentado por Reich (2015, p. 162).



O gráfico apresentado corrobora o que foi objeto de exposição anterior, de que a globalização traz o crescimento para poucos, gerando a exclusão da grande maioria da população.

Também podemos comprovar, nesse mesmo exemplo dos Estados Unidos, o defendido anteriormente neste trabalho, pois essa marginalização deu margem ao surgimento de um *outsider*, até então figura totalmente estranha à política, com um discurso contra as elites, ganhando espaço e sendo eleito para um dos cargos mais importantes do mundo.

A exclusão de parcela significativa da população do crescimento global acentua os problemas sociais típicos de países subdesenvolvidos, como a precariedade dos empregos, a pobreza, a fome e, de forma geral, a ausência de condições mínimas para garantia da dignidade a toda população.

A discussão acerca do respeito aos direitos naturais, inerentes a todo e qualquer ser humano, conforme estudado no capítulo 1, é relegada a segundo plano, sem que exista um instrumento de coercibilidade pela não observância.

Nem mesmo o direito positivo passa incólume às constantes violações normativas, evidenciando que, conforme já exposto no capítulo 2, o problema não é de ausência de positivação, mas sim de ineficácia do texto normativo.

A dignidade da pessoa humana, tida como a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, e não como instrumento para a consecução de outros fins, também parece adormecida, pois nas democracias iliberais, cidadãos são tratados como instrumentos para manutenção das estruturas de poder.

Por tal razão, o mundo clama por uma forma de inclusão, a fim de estender os benefícios da globalização, em especial do crescimento, à parcela da população até então excluída, como forma de salvar o regime capitalista, e também a democracia.

Assim como é importante salientar a necessidade da democracia, também é crucial salvaguardar as condições e circunstâncias que garantem a amplitude e o alcance do processo democrático. Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva (Sen; 2010, p. 208/209).

A democracia iliberal é um obstáculo na via para a efetivação do capitalismo nos moldes constitucionais.

Sendo um modelo fruto dos efeitos do enfraquecimento da soberania, da exclusão social, que acabou por gerar uma polarização que esvazia o debate político, e da crise de representatividade, a democracia parece ser reduzida ao seu aspecto formal, exigindo um contorno imediato e obrigatório na rota seguida até então.

Se não houver a efetividade dos parâmetros constitucionalmente impostos para o sistema capitalista, corremos risco do colapso não apenas do capitalismo como sistema econômico, mas da própria ordem social e democrática.

5 ALTERNATIVAS AO CAPITALISMO E OS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS NA VIA

5.1 O caráter hedonista do utilitarismo

Uma tentativa de garantir a realização de cada indivíduo em si mesmo foi através da filosofia utilitarista.

O utilitarismo é uma teoria ética que se concentra na ideia de que a ação moral é aquela que maximiza a felicidade ou o prazer e minimiza o sofrimento.

Apesar de as origens do utilitarismo remontarem a Epicuro e suas considerações sobre a minimização da dor e maximização do prazer, foi apenas no século XVIII que as concepções utilitaristas foram formalizadas como um pensamento, essencialmente, filosófico.

Essa teoria ética é consequencialista, ou seja, avalia a moralidade das ações com base em suas consequências, mas não se confunde com o consequencialismo, cuja adoção defenderemos no capítulo 7, por razões que explanaremos ainda neste capítulo.

A análise moral pode abranger três perspectivas distintas: o valor atribuído, o objeto avaliado e o sujeito que realiza a avaliação. Dentro do escopo deste estudo, inicialmente nos concentraremos na avaliação moral com base no valor fundamental do bem, pois uma ação guiada pela bondade é considerada positiva do ponto de vista da moralidade.

Entretanto, surge um desafio significativo no campo da ética, pois não há consenso sobre o conteúdo da "bondade". Alguns estudiosos, que serão abordados neste capítulo, começaram a associar a bondade à utilidade, sugerindo que algo é bom na medida em que é útil.

Porém, o problema persiste, pois automaticamente surgem outras duas perguntas (Vasquez, 2008, p. 168):

a) No que consiste a utilidade?

b) O que é útil, o é para quem?

O primeiro ponto de discussão se concentra na definição da utilidade, abordando as perspectivas de Bentham e Mill sobre o assunto. Bentham associa a utilidade ao prazer, enquanto Mill a relaciona à felicidade. Ambos são exemplos de correntes que tentaram estabelecer o conceito de utilidade, muitas vezes vinculando-o ao poder político, econômico ou ao conhecimento.

A segunda questão central apresenta duas respostas opostas. A utilidade pode ser interpretada como o que é benéfico para o indivíduo, mesmo que isso prejudique outros grupos sociais, em uma abordagem egoísta e individualista, ou pode ser vista como o atendimento aos interesses sociais, em uma perspectiva altruística e coletiva.

O utilitarismo, conforme examinado neste estudo, concebe a bondade como aquilo que é útil ou vantajoso para o maior número de pessoas possível, ou seja, em uma visão coletiva que parte do interesse individual. Embora Bentham e Mill tenham visões distintas do utilitarismo, ambos partem de pressupostos comuns, como a natureza volitiva da moral e a defesa do princípio da utilidade.

Essa abordagem utilitarista busca integrar aspectos da vida social, utilizando o conhecimento empírico para embasar normas, conciliando comportamento individual e social, e advogando pela maximização do útil como guia para a ação individual, além de justificar instituições e a própria justiça.

Por isso, o utilitarismo transcende o âmbito filosófico, influenciando as esferas social, política, jurídica e econômica.

Jeremy Bentham publicou em 1789 a primeira edição de seu principal trabalho, intitulado "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação". Neste texto, Bentham examina os elementos que juízes e legisladores devem ponderar ao tomar decisões, introduzindo o que mais tarde seria reconhecido como o princípio da utilidade, fundamental na elaboração dessas decisões. Vale ressaltar que, inicialmente, este princípio foi denominado como o princípio da maior felicidade. Em uma nota acrescentada em julho de 1822, Bentham esclarece que alterou o nome com o intuito de tornar a expressão mais concisa, embora reconheça a dificuldade de estabelecer uma relação clara entre os termos utilidade e prazer.

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono

dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo. (Bentham, 1974, p.10).

Segundo essa concepção, uma ação específica (seja política, normativa ou institucional) será considerada moralmente apropriada se a quantidade de felicidade que ela produzir for maximizada em comparação com qualquer sofrimento associado a ela.

No aspecto do entendimento, o princípio da utilidade oferece diretrizes para julgamentos morais e, no aspecto da vontade, se manifesta como “um princípio psicológico pelo qual se explica o sentimento de aprovação moral” (Picoli, 2010, p.12).

O princípio central do utilitarismo é o "princípio da utilidade", que afirma que uma ação é moralmente correta na medida em que produz o maior bem-estar ou felicidade para o maior número de pessoas afetadas por ela. O que é "útil" é definido em termos de prazer e ausência de dor.

Se uma ação leva a um aumento “líquido” de felicidade, ela é considerada moralmente correta, independentemente de quaisquer regras pré-existentes. O aumento líquido refere-se a um cálculo, quase que matemático, das consequências de uma determinada ação, somando-se, de um lado, a felicidade obtida, e dela subtraindo a dor eventualmente sentida por alguém.

A diferenciação entre a esfera do entendimento e a esfera da vontade tem suas raízes na visão que considera o utilitarismo como uma teoria ética normativa, já que existem diversas interpretações para o conceito de utilitarismo.⁴

A ideia central dessas teorias se baseia em dois princípios comuns: a importância das consequências na avaliação da moralidade das ações e o cálculo dos resultados em termos de felicidade. Quando Bentham menciona a "pessoa cujo interesse está em jogo", ele se refere a qualquer parte envolvida no processo de avaliação da felicidade, seja um indivíduo ou a comunidade como um todo. Para Bentham, a comunidade é simplesmente a agregação dos interesses individuais de seus membros.

O princípio da utilidade se baseia na supremacia do prazer e da dor, que são elementos intrínsecos à natureza humana. Uma vez que o prazer e a dor exercem um

⁴ Rogério Picoli apresenta algumas dessas diferentes faces. Segundo o autor, “o termo utilitarismo possui uma extensa variedade de significados...as teorias podem ser: hedonista ou idealista, de atos ou de regras, quantitativa ou qualitativa, teoria moral ou teoria do valor, normativa ou não-normativa, da utilidade média ou da utilidade total, de preferências ou de estados mentais, etc.” (Picoli, 2010, p.4).

controle irresistível sobre nós, são eles que definem nossas ações, indicando o que é moralmente correto ou incorreto, através da relação de causa e efeito das ações.

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. Os sistemas que tentam questionar este princípio são meras palavras e não uma atitude razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz. (Bentham, 1974, p.9).

Os utilitaristas frequentemente utilizam a felicidade ou o prazer como uma medida da utilidade. A felicidade é quantificada em termos de intensidade, duração, certeza, propinquidade, fecundidade e pureza. Em outras palavras, não se trata apenas de maximizar o prazer imediato, mas também de considerar fatores como a longevidade e a qualidade do prazer.

Portanto, a teoria de Bentham se baseia em três princípios fundamentais: a supremacia do prazer e da dor; a subordinação do princípio da utilidade ao prazer e à dor; e a concepção da comunidade como um conjunto de indivíduos.

Cada uma dessas três proposições marca um estudo distanciamento de uma longa tradição do pensamento moral que remonta à antiguidade clássica. Mas como dissemos, Bentham não é o primeiro a fazê-lo. Aqui ele está apenas extrinseco as devidas consequências, para o campo prático, da virada moderna, tipicamente cartesiana, da especulação metafísica. (Araújo, 2006, p. 270).

A partir do racionalismo de René Descartes, que surgiu no século XVII durante a chamada virada moderna mencionada no texto, a investigação filosófica do conhecimento passou a explorar a relação entre o sujeito investigador e o objeto estudado, o que mais tarde seria denominado epistemologia.

Descartes postulava que as percepções representavam os objetos estudados e, portanto, serviam como base para todo conhecimento. Então, como chegar aos objetos a partir das ideias? Para os racionalistas, também conhecidos como inatistas, a maioria das ideias tinha origem em nossos sentidos, embora uma pequena fração fosse inata ao ser humano, independente dos órgãos sensoriais. Em contrapartida, os empiristas sustentavam que o conhecimento só poderia ser adquirido por meio de experiências sensoriais, ou seja, apenas existiam ideias sensíveis, não inatas ou naturais.

Nessa dualidade, Jeremy Bentham claramente adere ao pensamento de John Locke, um dos principais representantes do empirismo inglês, buscando em suas doutrinas os elementos necessários para formular o princípio utilitarista, dos quais destacamos três aspectos.

O primeiro aspecto é a capacidade de decompor as ideias em ideias simples, consideradas como elementos fundamentais, e ideias complexas, entendidas como combinações dessas ideias simples.

O segundo pressuposto, utilizado por Bentham, é que todas as ideias simples são baseadas em sensações sensoriais, apresentando qualidades primárias inerentes aos objetos, como forma e extensão, bem como qualidades secundárias, que são derivadas da experiência sensorial e, portanto, são modificadas em nossas mentes, como cor, odor e som.

Por último, o terceiro fundamento é a compreensão de que nossas concepções morais sobre o bem e o mal são ideias complexas. Por serem complexas, são compostas por ideias simples e, portanto, baseadas em sensações sensoriais. Nesse sentido, surge a pergunta sobre qual sensação está associada ao conceito de bem e mal. Ora, o bem só pode derivar das sensações agradáveis (“prazer”) e o mal das sensações desagradáveis (“dor”). Para Bentham, portanto, as noções de bondade e maldade são apenas modificações no plano sensorial do indivíduo que sente o prazer ou a dor.

Bentham se distancia do pensamento tradicional ao abordar o conceito de felicidade, discordando do ideal aristotélico de um bem supremo que distinguia a felicidade da comunidade da realização individual. Para ele, a coletividade não é mais vista como um ente abstrato com interesses distintos dos indivíduos, pois o interesse comum é simplesmente a soma dos interesses individuais. Quanto maior essa soma, maior a felicidade da comunidade, pois os membros individuais importam mais do que o coletivo em si. Ao contrário de Aristóteles, Bentham não considera a vida comunitária como um fator que maximiza a felicidade individual, pois a felicidade pode surgir de várias situações que variam de acordo com tempo e espaço. Portanto, o que é considerado sucesso para um grupo pode não ser necessariamente válido para outro, e não existe um modelo único de perfeição.

O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo (Bentham, 1974, p. 9).

O objetivo da comunidade é maximizar a soma da felicidade de cada indivíduo, o que requer uma avaliação objetiva da quantidade de prazer e dor antes de tomar qualquer decisão.

No capítulo IV de sua obra, Bentham detalha o processo do "cálculo felicítico".

Segundo Bentham, calcular o valor de um prazer ou dor envolve pelo menos sete variáveis, que ele denomina "elementos ou dimensões de valor": intensidade, duração, certeza ou incerteza, proximidade ou distância, fecundidade, pureza e extensão.

Ao analisar essas variáveis, um prazer mais duradouro tem um valor positivo maior na equação do que um prazer menos duradouro, mesmo que ambos tenham a mesma intensidade. Por outro lado, a dor seria o elemento negativo, de subtração, nessa equação.

No entanto, mesmo considerando a comunidade como uma mera agregação de indivíduos, o aspecto coletivo não é completamente ignorado. De acordo com essa perspectiva, um prazer experimentado por um maior número de pessoas teria um valor maior do que o mesmo prazer sentido por um grupo menor de indivíduos.

Surge, porém, uma lacuna na teoria: como quantificar a intensidade desse prazer para realizar o cálculo aritmético?

O utilitarismo é uma abordagem universalista, o que significa que se aplica a todas as pessoas igualmente, sem considerar diferenças individuais, como raça, classe social e gênero.

A resposta a essa crítica relacionada à tentativa de objetivação pode ser extraída a partir dos ensinamentos de Hume acerca da compreensão da moralidade:

Quando um homem, em qualquer ocasião, delibera sobre a sua própria conduta (...) ele deve levar em consideração as distintas relações, juntamente com todas as circunstâncias e situações particulares das pessoas envolvidas, a fim de determinar qual é o mais elevado dever ou obrigação (...) No caso das deliberações morais, entretanto, devemos estar familiarizados de antemão com todos os seus objetos e com todas as relações que eles mantêm uns com os outros, e determinar, a partir de uma consideração do todo, nossa escolha ou aprovação. Nenhum novo fato deve ser averiguado ou nova relação precisa ser descoberta. Todos os aspectos do caso em pauta devem supostamente estar diante dos nossos olhos antes de podermos emitir qualquer juízo de censura ou aprovação. Se alguma circunstância relevante for ainda desconhecida ou duvidosa, temos que mobilizar antes nossas faculdades intelectuais e investigativas para nos certificarmos dela, e devemos suspender por um certo período toda decisão ou sentimento morais. (...). Mas logo que se conheça todas as circunstâncias e relações, o entendimento não tem mais espaço para atuar, nem qualquer tópico sobre o qual pudesse aplicar-se. A aprovação ou censura que então resulta não pode ser obra do entendimento, mas do coração, e não constitui uma proposição ou afirmação especulativa, mas um ativo sentimento ou sensação. (...) Nas decisões morais, todas as circunstâncias e relações devem ser conhecidas, e a mente, baseando-se na contemplação do todo, sente uma nova impressão de

afeto ou desagrado, estima ou repúdio, aprovação ou recriminação. (Hume, 1995, p. 179/180).

Naturalmente, é crucial levar em consideração o contexto e as circunstâncias específicas ao realizar o cálculo da felicidade, caso contrário, corre-se o risco de obter uma avaliação incompleta e comprometer a conclusão. Portanto, pode-se inferir que a equação simplificada proposta por Bentham resultaria em um cálculo apenas aproximado, em vez de exato. Defensores do utilitarismo argumentariam que um cálculo aproximado ainda é preferível à ausência de cálculo.

No segundo capítulo de sua obra mencionada anteriormente, Bentham realiza uma defesa negativa de sua doutrina. Isso significa que, como o princípio da utilidade não pode ser comprovado, sua defesa é feita por meio da rejeição de outras alternativas. Na perspectiva utilitarista, o princípio da utilidade se destaca em relação a outras abordagens baseadas na falibilidade humana, pois o julgamento humano não é confiável sem uma orientação objetiva para orientá-lo.

Apesar de a objetividade do princípio da utilidade não ser absoluta, ele ainda é considerado a opção com menor subjetividade. Além disso, não há outro critério comum e público que possa ser utilizado para avaliar tanto os governantes quanto os governados.

Mas não é nunca, então, de nenhuma outra consideração do que as de utilidade que nós derivamos as nossas noções de certo e errado? Eu não sei, não me importa. Se um sentimento moral pode ser originalmente concebido de alguma outra fonte que não uma visão da utilidade, é uma questão. Se examinando e refletindo sobre, puder, de fato, ser realmente perseguido e justificado em alguma outra base por uma pessoa refletindo consigo mesma, é outra. Se uma questão de direito pode ser justificada numa outra base, por uma pessoa dirigindo-se a uma comunidade, é uma terceira questão. As duas primeiras são questões de especulação; não importa, comparativamente falando, como elas são decididas. A última é uma questão de prática: a decisão sobre ela é de uma importância maior que qualquer outra possa ser (Bentham, 1974, p. 28).

Michael Sandel (2019, p. 51/63) apresenta duas importantes objeções ao pensamento utilitarista de Jeremy Bentham.

A primeira delas consiste no risco de violação de direitos individuais, em especial de minorias. E menciona interessante exemplo envolvendo os cristãos jogados aos leões no Coliseu, na Roma Antiga:

Se a quantidade de romanos que se deleitam com o espetáculo for muito maior do que a de cristão, que argumentos teria um utilitarista para condenar tal prática? Os utilitaristas talvez se preocupassem com a possibilidade de tais jogos tornarem os romanos menos civilizados e gerarem mais violência nas ruas de Roma; ou disseminar entre as possíveis vítimas o medo de que um dia

também elas seriam lançadas aos leões. Se tais efeitos são suficientemente maus, eles podem pesar mais do que o prazer proporcionado pelos jogos e dar ao utilitarista uma razão para repudiá-los. Entretanto, se esses cálculos forem as únicas razões para que se desista de submeter cristãos à morte violenta pelo bem do entretenimento, não estaria faltando algo moralmente importante a esse raciocínio? (Sandel, 2019, p. 51/52).

A segunda objeção é que valores relacionados a dor e felicidade não possuem, conforme já mencionamos, uma universalidade, ou seja, não são valores comuns, de forma que uma ação pode causar uma dor maior em um e menor em outro, o mesmo aplicando-se à felicidade.

Outra objeção que levantamos, já estabelecendo a distinção entre o utilitarismo e o consequencialismo defendido nesta tese, é de que o bem comum não pode jamais ser confundido com o bem da maioria, como um cálculo matemático. Bem comum é o bem de todos, ou ao menos do maior número de pessoas possíveis, ainda que pertencentes elas a minorias dentro da sociedade.

Nesse cenário, e como instrumento de imposição de limites ao capitalismo, ganha especial relevância o chamado papel contra majoritário do Poder Judiciário.

Se o Poder Legislativo leva em conta a representação da maioria, e na aprovação de um diploma legislativo, considera a vontade da maioria dos parlamentares, o Poder Judiciário atuará também em prol das minorias.

Daí a necessidade de atuação em prol da efetividade dos direitos fundamentais, ainda que contrariamente ao entendimento da maioria.

Um cristão jamais pode ser jogado aos leões, por questões óbvias, que ultrapassam qualquer cálculo de maioria ou minoria.

Uma lei que venha a proibir o casamento homoafetivo, a título de exemplo, ainda que decorra do procedimento legislativo que expressa o valor tido como majoritário, deverá ser declarado inconstitucional imediatamente, em defesa da minoria, que não pode ter seus direitos fundamentais violados, pelo simples fato de pertencerem a um grupo de menor número de indivíduos no meio social.

Uma inconstitucionalidade jamais poderá ser legitimada por mera questão procedural.

5.2 Destaque para prazeres mais elevados

Nascido uma geração após a de Bentham, John Stuart Mill tentou salvar o utilitarismo, a partir de um critério menos matemático e mais humano.

John Stuart Mill é o filho de James Mill (1773-1836), um proeminente filósofo liberal cujas ideias desempenharam um papel significativo nas mudanças sociais da Grã-Bretanha. Desde a adolescência, Mill foi exposto ao pensamento moral de Bentham.

Em sua autobiografia, ele descreve como o princípio da maior felicidade, que mais tarde se tornou conhecido como o princípio da utilidade, influenciou profundamente seu pensamento:

Este deu unidade à minha visão das coisas. Agora eu tinha opiniões, um credo, uma doutrina, uma filosofia e, num dos melhores sentidos da palavra, uma religião cuja inculcação e difusão poderia tornar-se o principal propósito exterior de uma vida (Stuart Mill, 2008, p.169).

A evolução da teoria utilitarista de Bentham é caracterizada por uma abordagem qualitativa, que vai além dos critérios puramente quantitativos, diferenciando-se da abordagem quase matemática proposta por Bentham. De acordo com essa visão, a felicidade não é apenas medida pela quantidade de prazer produzido, mas também pela qualidade desse prazer. É importante destacar, segundo Stuart Mill, a distinção entre o utilitarismo de ato e o utilitarismo de regra ou norma.

No utilitarismo de ato, o cálculo do maior saldo de felicidade sobre a dor é feito com base nas consequências imediatas da realização de um ato específico; já no utilitarismo de regra, o cálculo é realizado considerando as consequências decorrentes da observância ou não de uma norma geral.

Para ilustrar isso com um exemplo prático: suponhamos que um indivíduo tenha feito uma promessa de realizar um determinado ato. Se, eventualmente, descumprir essa promessa resultar em um bem-estar geral maior do que se a tivesse cumprido, de acordo com o utilitarismo de ato, o agente terá tomado a decisão correta, pois isso geraria um maior bem-estar.

Por sua vez, de acordo com o utilitarismo de regra ou de norma, a decisão do agente de quebrar o compromisso assumido, violando a promessa anteriormente feita,

não é correta, pois a aceitação geral dessa norma é que garante o bem-estar a longo prazo.

Suponhamos que a maioria rejeite uma pequena crença religiosa e queira extinguí-la. Não seria possível, ou até mesmo provável, que a extinção da crença produzisse maior felicidade para um número maior de pessoas? É claro que a minoria rejeitada sofreria, infeliz e frustrada. Mas se a maioria for grande e entusiasta o bastante em seu repúdio aos talis hereges, a Felicidade coletiva compensará o sofrimento dos outros. (...) Mill discorda. (...) Mill acredita que devamos maximizar a utilidade em longo prazo, e não caso a caso. Com o tempo, argumenta, o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana. Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livres pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior - e menos feliz - no longo prazo. (Sandel, 2019, p. 64/65).

Seu princípio central é de que as pessoas devem ser livres para fazerem aquilo que bem entenderem, desde que não façam mal aos outros, e que essa liberdade, a longo prazo, traria a almejada felicidade.

Havemos de discordar!

Conforme trabalhamos no item 4.2, a liberdade deve estar atrelada ao desenvolvimento para que seja real, e não ilusória.

É óbvio que uma pessoa a margem do crescimento global, e assolada pela fome, aceitaria viver em uma situação de subemprego, renunciando a direitos fundamentais. Isso a longo prazo seria de fato parte de sua realização pessoal? Se adotarmos o utilitarismo, respondendo positivamente a essa questão, entregaremos, de fato, o poder político e jurídico aos detentores do poder econômico, em especial às empresas transnacionais, conforme vimos no tópico 4.1.

Vale também destacar a diferença traçada entre a intenção e o motivo, pois, para o utilitarismo, somente por meio da intenção é que se pode julgar a ação de um agente como moralmente certa ou errada.

A intenção seria aquilo que o agente quer fazer quando faz algo, ao passo que o motivo seria o sentimento que o leva à intenção.

Imaginemos o exemplo de um algoz que tortura uma determinada vítima a bordo de uma embarcação marítima. Em determinado momento, essa vítima, tomada pelo desespero, em um segundo de distração, consegue saltar em alto-mar, porém, sem saber nadar, está a se afogar. O algoz, com o fim de continuar a exercer atos de tortura contra a vítima, impede o afogamento, que amenizaria o sofrimento. A conduta do algoz, de salvar a vítima do afogamento, é moralmente boa ou má?

O sentimento do agente e a motivação da prática do ato muito podem dizer acerca do caráter dessa pessoa, mas pouco importa para a moralidade do ato em si.

noventa e nove centésimos de todas as nossas ações são realizadas por outros motivos – e bem realizadas, se a regra do dever não as condenar. É extremamente injusto para o utilitarismo que esta incompreensão específica suscite uma objecção, visto que os moralistas utilitaristas foram além de quase todos os outros ao afirmar que o motivo, embora seja muito relevante para o valor do agente, é irrelevante para a moralidade da ação. Aquele que salva um semelhante de se afogar faz o que está moralmente certo seja o seu motivo o dever, seja a esperança de ser pago pelo incômodo; aquele que trai um amigo que confia em si é culpado de um crime, mesmo que o seu objetivo seja servir outro amigo relativamente ao qual tem maiores obrigações. (Stuart Mill, 2005, p. 59).

O utilitarismo não se preocupa em saber se o agente moral é de boa índole ou não, mas apenas e tão somente se a ação praticada foi certa ou errada.

Para Stuart Mill, a vontade é mera decorrência do desejo, decorrendo, muitas vezes, dos nossos hábitos. “Podemos querer por hábito aquilo que já não desejamos por si mesmo ou que desejamos só porque o queremos” (Stuart Mill, 2005, p. 80).

Segundo Mill, a implementação do utilitarismo não se basearia em uma obrigação normativa, mas sim na educação. Ele propõe uma reformulação da educação social, direcionada para a promoção da felicidade geral. Partindo da sociabilidade natural dos seres humanos, a influência direta da sociedade desenvolveria um senso de dever, levando no futuro a uma percepção do princípio como uma obrigação.

Além disso, seria necessário estabelecer sanções para o descumprimento do princípio da utilidade, tanto externas, determinadas por outros indivíduos, como rejeição, por exemplo, quanto internas, resultantes de uma reflexão interna, na qual reside o sentimento de obrigação. Ambas as sanções deveriam ser empregadas no processo educacional, com o objetivo de promover o prazer e evitar a dor, aumentando assim a felicidade humana.

Tanto no utilitarismo de ato quanto no de norma, é crucial considerar as consequências para o maior número possível de pessoas, mantendo a mesma base e relação entre indivíduo e sociedade estabelecidas por Bentham.

O bem resultaria da superação do egocentrismo humano, priorizando o interesse coletivo, mas sem excluir o indivíduo. Existe uma relação de interdependência entre a sociedade e o indivíduo na busca pela felicidade.

A utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a

felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer (...) o prazer e a imunidade à dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis (...) são desejáveis quer pelo prazer inerente a elas mesmas, quer como meios para alcançar o prazer e evitar a dor. (Stuart Mill, 2000, p.187).

Stuart Mill, assim como Bentham, parte do pressuposto de que o único objetivo do homem é a busca pelo prazer, distanciando-se da dor, porém, não se limita, no cálculo felicítico, aos elementos utilizados por Bentham, que, como vimos no tópico anterior, analisava única e exclusivamente por um viés quantitativo, incorporando à teoria de seu antecessor também elementos qualitativos na avaliação dos prazeres.

Assim, a principal contribuição de Stuart Mill ao utilitarismo consiste em atribuir à qualidade do prazer tanta importância quanto a sua quantidade. Embora o indivíduo somente faça o que deseja em razão do prazer experimentado, há um aspecto qualitativo a ser observado.

Para Stuart Mill, a própria natureza separaria os prazeres em categorias, possuindo algumas delas superioridade em relação a outras, de forma que haveria também prazeres considerados superiores no cotejo com outros, que, por tal razão, teriam mais valor na equação do cálculo felicítico.

Valores como o autodesenvolvimento, a espontaneidade e a empatia permitiriam aos indivíduos “sempre se estimularem uns aos outros no exercício crescente de suas faculdades superiores” (Stuart Mill, 2000, p. 143).

De fato, se não levarmos em consideração essas faculdades tidas como superiores, não poderíamos distinguir, por exemplo, a felicidade de um ser humano da felicidade de um pinguim, pois analisaríamos apenas o aspecto relacionado à quantidade. Além disso, o cálculo quase matemático de Bentham não se coaduna com a complexidade da vida humana e da sociedade.

A aplicação do princípio da utilidade com base na busca pela maior felicidade a um número maior de pessoas pode, ainda, apresentar problemas sem uma solução objetiva, como em um dilema no qual tenhamos que decidir entre uma norma que gera uma maior felicidade para um número mais reduzido de indivíduos e outra, que gera felicidade menor, porém para uma quantidade mais expressiva de pessoas. Como resolver esse cálculo?

Sob a ótica da premissa de buscar a maior felicidade para um número maior de pessoas, a dificuldade pode até ser contornada, mas não resolvida, pois teremos que, obrigatoriamente, optar entre o “maior número” ou a “maior felicidade”.

Para Trindade (2004, p. 101), a única forma de solucionar tal questão seria determinar a situação em que a norma pode ser adotada, mas isso não é possível, pois não se pode “estabelecer todas as circunstâncias para todas as normas ou mesmo para uma apenas”.

Por isso, segundo Stuart Mill, (2000, p. 144/145):

O Princípio da Maior Felicidade, (...) o fim último, com referência ao qual e por causa do qual todas as outras coisas são desejáveis (quer estejamos considerando nosso próprio bem ou o de outras pessoas), é uma existência isenta tanto quanto possível da dor, e tão rica quanto possível em deleites, seja do ponto de vista da quantidade como da qualidade. O teste de qualidade (...) é a preferência manifestada pelos que, em razão das oportunidades proporcionadas por sua experiência, em razão também de terem o hábito de tomar consciência de si e de praticar a introspecção, detêm os melhores meios de comparação. Sendo esta, de acordo com a opinião utilitarista, a finalidade da ação humana, é necessariamente também o padrão de moralidade. Assim, é possível definir a moralidade como as regras e preceitos da conduta humana, cuja observação permitiria que uma existência tal como a descrita fosse assegurada, na maior medida possível, a todos os homens; e não apenas a eles, mas também, na medida em que comporta a natureza das coisas, a todos os seres sencientes da criação.

Diante da impossibilidade de se calcular todas as variáveis presentes em cada situação concreta, Stuart Mill defende que, para além do cálculo moral utilitarista, boa parcela das questões já estão intrinsecamente calculadas em nossa mente, como decorrência de nossa natureza de seres racionais, de forma que naturalmente já temos a capacidade de assimilar o que é certo e o que é errado, de forma que o utilitarismo deve ser buscado em um nível crítico, mas, muitas vezes, já existe de per si em um estado intuitivo.

Para o utilitarismo, as regras devem ser obedecidas não em razão de sua natureza normativa, mas sim por acarretar a maior felicidade ao maior número de pessoas. Entretanto, não sendo possível a consideração de todas as variáveis em abstrato, acabamos por cair em uma generalidade e busca de universalidade próprias do jusnaturalismo, com todas as consequências e dificuldades de aplicação já estudadas no capítulo 1 do presente trabalho.

A título de comparação, vimos no capítulo 1 que a moralidade do dever de Kant consiste em agirmos de acordo com ações que deveriam se transformar em uma

máxima universal, por meio de uma razão prática, sem levar em conta as experiências. Stuart Mill, porém, rechaça a utilização da metafísica dos costumes:

(...) quando começa a deduzir deste preceito cada um dos deveres efetivos da moralidade, fracassa, de uma maneira quase grotesca, na tentativa de mostrar que haveria uma contradição, uma impossibilidade lógica (para não dizer física) na adoção, por todos os seres racionais, das regras de conduta mais escandalosamente imorais. Tudo o que mostra é que as consequências da sua adoção universal seriam tais que ninguém escolheria sujeitar-se a elas. (Stuart Mill, 2005, p. 44).

Se as duas teorias não são iguais, e por óbvio não o são, também não podemos cometer o equívoco de tratá-las como diametralmente opostas, pois o utilitarismo busca corrigir equívocos cometidos pela tradição na análise da moralidade. Daí porque

(...) a concepção de racionalidade prática dos dois autores são completamente distintas. Somente uma leitura de Bentham (e Mill) pelas lentes de Kant poderia conferir uma face absoluta e imperativa ao princípio da utilidade, mas é evidente que as pretensões de Bentham são bem mais modestas. (Picoli, 2010, p.16).

Trindade (2010) complementa essas ideias ao afirmar que:

O utilitarismo foi uma tentativa de superação de uma ética deontológica e de um posicionamento egoísta. Este considera, com certo grau de relevância, a promoção do bem, porém sem levar em consideração as outras pessoas; aquele dá uma atenção especial às outras pessoas, entretanto não considera a promoção do bem. A doutrina utilitarista supera essas falhas, pois admite o certo como a promoção do bem geral. (Trindade, 2010, pág. 101).

A concepção de homem baseada unicamente em um ser ávido pela satisfação de seus desejos é descartada por Stuart Mill, pois todos os indivíduos possuem desejos bons, mas também desejos ruins, razão pela qual nem todos devem ser respeitados. Além disso, reduzir o ser humano a seus desejos acarreta a equiparação deste a qualquer outro animal, devendo, portanto, haver a valorização do homem como um ser consciente de suas necessidades, e não apenas um escravo de seus desejos.

Se o homem é superior aos demais animais em razão de sua consciência, é consequência lógica que os seus desejos também sejam superiores aos daqueles. Pela mesma razão, haverá uma distinção entre os próprios seres humanos, possuindo alguns desejos e prazeres mais elevados que os outros, o que fundamenta a afirmação já feita anteriormente de que há prazeres mais elevados e nobres do que outros.

Se os artistas promovem nos indivíduos os prazeres mais sublimes, os seus próprios prazeres são mais elevados do que o de um indivíduo comum, pois aqueles elevam a própria disseminação do prazer para um número maior de pessoas, atendendo

à máxima utilitarista. Para os utilitaristas, alguém limitado aos apetites físicos jamais poderia ser mais feliz do que alguém com prazeres mais elevados.

É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco têm uma opinião diferente é porque só conhecem o seu próprio lado da questão. A outra parte da comparação conhece ambos os lados. (Stuart Mill, 2005, p.51).

Entendo, porém, que pertinente é crítica apresentada por Sandel (2019), que se vale de um experimento prático deveras interessante para demonstrar um ponto falho na teoria de Mill:

Quando discuto com meus alunos sobre as ideias de Mill relativas a prazeres mais elevados, faço uma experiência com uma versão do seu teste. Mostro a eles três exemplos de diversão que costumam ser apreciados: uma luta da World Wrestling Entertainment (um espetáculo barulhento no qual os assim chamados lutadores agridem-se mutuamente com cadeiras dobráveis); um monólogo de Hamlet interpretado por um ator shakespeariano; e um episódio de Os Simpsons. Eu lhes faço, então, duas perguntas: De qual dessas apresentações você mais gostou – qual lhe deu mais prazer - e qual delas você considera a mais elevada ou mais valiosa? Invariavelmente, Os Simpsons recebem o maior número de votos como a que deu mais prazer (...). Entretanto, quando lhes pergunto qual experiência consideram a mais elevada qualitativamente, os alunos em peso votam em Shakespeare. Os resultados dessa experiência representam um desafio para o teste de Mill. (Sandel, 2019, p. 69/70).

Nossa principal objeção à teoria utilitarista é que em uma sociedade dividida em classes (como é a nossa hoje e era a Inglaterra no século XIX, no período que sucedeu a Revolução Industrial) torna-se extremamente complexa a busca pela maior felicidade do maior número de pessoas possível sem que sejam deixados de lado direitos fundamentais básicos de outra parcela da população.

Conforme vimos no capítulo 4 do presente trabalho, há uma grande margem de pessoas excluídas do crescimento global, havendo um crescimento exponencial das chamadas democracias iliberais ao redor do mundo, e a maior felicidade daqueles que detêm o capital concentrado não pode se dar em detrimento da miséria de tantas outras pessoas.

Rechaçamos, também, o argumento de que a felicidade virá no futuro, pois os mais necessitados, que têm diariamente sua própria dignidade relativizada, precisam viver o agora.

Como também abordamos no capítulo 4, o crescimento econômico e o investimento de capital não podem se dar a partir da relativização de direitos trabalhistas e de questões ambientais.

A distribuição de tais bens não se estende além dos limites impostos pela estrutura sócio-econômica da sociedade capitalista (organização do Estado, correlação de classes, etc). Nas sociedades em que há exploração do homem pelo homem – e a sociedade capitalista enquadra-se neste tipo de sociedade – a felicidade do maior número possível de homens não pode ser separada da infelicidade que a torna possível. (Trindade, 2004. p. 104).

O problema não se apresenta unicamente no sistema capitalista. Se pensarmos na Idade Antiga, uma pequena parcela da população tinha parte de seu prazer e felicidade apoiado no regime escravocrata. No próximo tópico, ainda dentro deste capítulo, analisaremos também o fracasso das tentativas socialistas.

Apesar da interdependência entre indivíduo e comunidade, mencionada no tópico anterior, a verdade é que, conforme vimos no capítulo 4, estamos muito distantes de uma harmonização coletiva.

Um século depois do pensamento de Adam Smith, adequado a uma época em que a burguesia buscava a acumulação enquanto o proletariado procurava sair da miséria em que vivia, Stuart Mill defende então que a natureza humana não pode se resumir a ambição material.

Os utilitaristas criticam Adam Smith e sua teoria, taxando-o como “obstinado, previsível, metódico (...) distante anos-luz do envolvimento generoso e ingênuo, mas efêmero, do amor passional” (Trindade, 2004, pág.106). Para eles, a hierarquia proposta por Stuart Mill apresenta um caminho melhor para a felicidade.

Há uma diferença sutil entre a finalidade do princípio utilitarista nas teorias de Bentham e Mill. O bem-estar individual, a ser buscado segundo Bentham, não é o mesmo que a felicidade como objetivo para Mill, havendo uma suposta alteração do hedonismo presente em Bentham por uma espécie de eudemonismo, no qual a felicidade é um meio de controle dos atos para sua realização, mas não um único fim considerado em si mesma.

Eu não quero afirmar que a promoção da felicidade deva ser, ela mesma, o fim de todas as ações, ou mesmo de todas as regras de ação. Ela é a justificação, e deve ser o controle de todos os fins, mas não é em si mesma, o único fim. (Stuart Mill, 1969, p. 952).

Ao que nos parece, porém, Stuart Mill utiliza de uma linguagem própria do hedonismo para defender sua teoria, com o aperfeiçoamento necessário no que tange ao exercício prático, e não mais apenas teórico, de deliberação moral.

Segundo Mill, o valor de uma experiência aprazível depende não só da sua duração e intensidade, mas também da sua qualidade, da sua natureza intrínseca. Mill pode sugerir, então, que o prazer superior é valioso devido à

sua aprazibilidade, evitando assim a primeira face do dilema. Um prazer inferior poderia ultrapassar o peso de um prazer superior somente se a sua natureza se transformasse de tal maneira que ele deixasse de ser um prazer inferior. Aumentar apenas a quantidade – isto é, a duração e a intensidade da experiência aprazível – não seria suficiente. Além disso, enquanto se excluir uma comensurabilidade cardinal total, Mill não tem de deixar de afirmar que os prazeres superiores são mais aprazíveis e, por isso, mais valiosos. Isto significa que Mill pode evitar a segunda face do dilema, segundo a qual ele deixaria de ser um hedonista por postular uma propriedade distinta da aprazibilidade que torna as coisas boas. Os prazeres superiores são bons para as pessoas simplesmente devido à sua aprazibilidade. (Crisp, 2006, p.33).

Ou seja, na visão de Crisp, com a qual concordamos, Stuart Mill torna o hedonismo mais sofisticado, sem, porém, perder o caráter hedonista.

A felicidade, na teoria de Stuart Mill, não é analisada de forma abstrata, mas concretamente, por elementos como “o amor à música ou o desejo de saúde” (Mill, 2005, p. 78).

Ainda que alegue que o desejo e o prazer são meios de se chegar à felicidade, a partir do momento em que o desejo existe, ele já tem essa natureza em si mesmo, e pode fazer parte da própria felicidade.

O princípio da utilidade não significa que um certo prazer, tal como o da música, ou determinada ausência de dor, como, por exemplo, a saúde, devam ser considerados como meios para alcançar algo coletivo denominado felicidade, e ser desejados por essa razão. São desejados e desejáveis neles e por si mesmos; além de meios, são também uma parte do fim. De acordo com a doutrina utilitarista, a virtude não é naturalmente e originalmente parte do fim, mas pode vir a sê-lo; entre os que amam de modo desinteressado isso acontece, e é desejada e acalentada por eles, não como um meio para a felicidade, mas como parte de sua felicidade. (Stuart Mill, 2000, p.233).

A virtude seria desejável por sua estreita relação com o prazer e com a ausência de dor (podemos mencionar as sanções internas, já tratadas anteriormente), mas, ao mesmo tempo em que ela faz parte do prazer em si, pode também ser meio para atingi-lo, estando, portanto, presente, como conteúdo e instrumento. E através da educação e da cultivação de hábitos, é que o ser humano sempre procurará ser virtuoso, manifestando, dessa forma, bons atos e decisões.

Em 1959, ao publicar a obra *Da Liberdade*, Stuart Mill é alvo de interpretações que indicavam um contrassenso com a teoria utilitarista, pois, ao pregar o liberalismo, diz que a sociedade somente deveria interferir na liberdade individual com o fim de impedir que prejuízos sejam causados a terceiros. Ou seja, mesmo que sob o argumento da maximização da felicidade, a liberdade individual seria inviolável, em uma espécie de proibição de aplicação do princípio utilitarista.

Esse princípio é o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar danos aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. (Stuart Mill, 2000, p. 17).

No fundo, o que nos parece é que não se trata de uma incompatibilidade entre o utilitarismo e o liberalismo, mas sim na visão de que a liberdade é, em última análise, o ápice da aplicação do princípio da utilidade, como bem fundamental para a maximização do prazer e, consequentemente, da felicidade. Ou seja, a liberdade seria o corolário do princípio utilitarista.

É oportuno declarar que renuncio a qualquer vantagem que se pudesse obter da ideia de direito abstrato como independente da utilidade. Considero a utilidade como a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser de progresso (Stuart Mill, 2000, p. 19).

A liberdade seria a regra mais fundamental para a preservação do bem-estar humano, impedindo que os indivíduos prejudiquem uns aos outros. Todas as demais regras teriam o escopo de administrar uma determinada parcela da sociedade.

O avanço da individualidade é um dos “principais ingredientes da felicidade humana (...) o ingrediente central do progresso individual e social”. (Stuart Mill, 2000, p. 188).

O cálculo felicítico terá um resultado expressivamente maior dentro de uma ordem social na qual o Estado interfere em situações excepcionais, com o único intuito de proteção, pois, com este fim, a intervenção por certo maximizará a utilidade. Para que a humanidade seja feliz ela deve valorizar mais “(...) aos prazeres intelectuais, aos prazeres da sensibilidade, da imaginação e dos sentimentos morais”. (Stuart Mill, 2000, p. 188).

Ocorre que, como vimos no capítulo 4 deste trabalho, o Estado hoje sevê enfraquecido, com sua soberania relativizada pela atuação das grandes empresas transnacionais, protagonistas do mundo globalizado, de forma que a interferência, ainda que para proteção, resta inviabilizada por interesses maiores escusos, que em nada refletem a busca pela maior felicidade do maior número de pessoas possível, conforme já apontamos.

Outra crítica que precisa ser feita a teoria utilitarista é que não existe uma prova lógico-dedutiva para a ética utilitarista, o que é admitido pelo próprio Mill:

Temos agora, então, uma resposta para o problema de saber que gênero de prova admite o princípio da utilidade. Se a opinião que acabei de apresentar for psicologicamente verdadeira, se a natureza humana estiver constituída de maneira a desejar só aquilo que é uma parte da felicidade ou um meio para a felicidade, não podemos ter e não exigimos qualquer outra prova de que estas são as únicas coisas desejáveis. Se isto for verdade, a felicidade é o único fim da ação humana, e a sua promoção o teste para julgar toda a conduta humana. Daqui segue-se necessariamente que ela tem de ser o critério da moralidade, pois uma parte está incluída no todo. (Stuart Mill, 2005, p.79).

Tomemos novamente o exemplo apresentado por Sandel, e que transcrevemos no tópico anterior, sobre os cristãos jogados aos leões. Ou então a execução de um inocente em nome da maximização da felicidade.

Embora se trate de situações evidentemente injustas, poderiam ser aceitas pela ética utilitarista.

A defesa utilitarista se baseia no argumento de que a justiça não é um obstáculo à aplicação da teoria, até porque justiça e moralidade apresentam divergência em alguns pontos. Para o utilitarismo, ao final, o que tem relevância é a conformidade com as leis vigentes ou com aquelas que deveriam existir e não existem. Todo aquele que praticar um ato injusto será castigado de alguma forma “se não pela lei, pela opinião dos seus semelhantes; se não pela opinião, pelas repreensões da própria consciência” (Stuart Mill, 2005, p. 90). Remeto novamente o leitor ao conceito de sanções internas, trabalhado no item 5.1, acrescentando que, se nem mesmo sanções legais têm o condão de impedir a prática de atos em detrimento de direitos fundamentais, que dirá sanções internas em exame de consciência...

Segundo Mill, as obrigações seriam classificadas em dois grandes grupos: de um lado, as obrigações perfeitas, são aquelas que dizem respeito a um cumprimento incontestável da regra posta, como, por exemplo, o ato de não matar alguém; de outro lado, as obrigações imperfeitas, são aquelas que devem ser cumpridas no grau máximo dentro das possibilidades, como a generosidade e a caridade. O direito moral diz respeito às obrigações perfeitas. Nos exemplos mencionados, todos têm direito à vida, mas nem todos terão minha caridade.

A natureza da justiça também seria bipartida, tendo, de um lado, o impulso de autodefesa e, de outro, o sentimento de simpatia (ou seria mais adequado falar-se em empatia, já que estamos a nos colocar no lugar do outro?).

Porém, mesmo considerando a bipartição das obrigações e da natureza da justiça, acima de todas elas estaria sempre o princípio da utilidade.

A justiça é um nome para certas exigências morais que consideradas coletivamente, ocupam um lugar mais elevado na escala da utilidade (e, por isso, têm uma obrigatoriedade mais forte) do que quaisquer outras, ainda que possam ocorrer casos particulares em que outro dever social é tão importante que passa por cima das máximas gerais da justiça. (Stuart Mill, 2005, p. 104).

Para finalizar o estudo do utilitarismo, sempre tendo em vista o objetivo desta pesquisa, tomemos como exemplo os seguintes tipos de prazer: saciar o apetite, o nascimento de um filho, ir ao cinema, namorar, ser promovido no emprego ou se vingar de um desafeto. Evidente que, embora todos possam acarretar em certa medida de prazer, são bem opostos entre si.

Sob a ótica hedonista, na qual inserimos Bentham e Mill, voltada a experiência, os prazeres elencados não seriam em nada semelhantes do ponto de vista qualitativo. Todos os prazeres são desejados quando são experimentados e só se dividem em maiores ou menores na medida desse desejo. Ou seja, o desejo seria preferencial em relação ao prazer na medida deste último, se forma que o bem-estar e a felicidade não poderiam ser quantificados sem que se considere a satisfação dos desejos.

Por certo, podemos afirmar que, alguém que tenha o prazer como única finalidade, trocaria qualquer experiência de vida real, com todos os seus percalços, por um ambiente de realidade virtual fictícia que estimulasse o prazer e a satisfação dos desejos.

O hedonismo nos conduziria para a decisão da vida virtual, única e exclusivamente com base no prazer vivenciado.

Mas o mundo, assim como as necessidades do indivíduo e os seus direitos mais fundamentais, é real, e por certo queremos vivenciar as experiências que o mundo nos oferece, e não apenas conhecê-las virtualmente, ou seja, a origem da experiência também tem relevância para a maximização da felicidade, e não apenas o prazer.

Outrossim, nem tudo que é desejado deve ser julgado como bom apenas pelo fato de ser desejado (Vasquez, 2008, p. 161).

Assim é que o pragmatismo de Bentham e de Stuart Mill, ao mesmo tempo em que constituiu o ponto forte da teoria utilitarista, é também o seu ponto fraco e suscetível de críticas.

Afinal, em que consiste a felicidade? Até que ponto estamos moralmente obrigados a promovê-la? E como afetará a sua promoção o modo como devemos tomar

decisões? Sem um instrumento de obrigatoriedade, atingiríamos uma proteção eficiente dos direitos fundamentais?

O hedonismo acaba por reduzir os conceitos de bom e ruim a experiências subjetivas, sendo o valor atribuído pelo sujeito, e não intrínseco ao objeto, o que por certo agravaría ainda mais todos os problemas descritos e aprofundados no capítulo 4 do presente trabalho.

5.3 Tentativa de virar à esquerda

Como alternativa às mazelas do capitalismo, o socialismo surge, também na passagem do século XVIII para o XIX, como uma ideologia política, econômica e social que, em sua essência, visa a promoção da igualdade econômica e social, a propriedade coletiva ou estatal dos meios de produção e a eliminação das desigualdades inerentes ao capitalismo.

Não é nosso objetivo aprofundar o estudo de todas as teorias socialistas, o que por certo exigiria uma pesquisa autônoma e específica apenas com tal objetivo, mas sim traçar apenas as bases de tal sistema e demonstrar o seu fracasso como na tentativa de tornar a sociedade mais justa, próspera e solidária.

O socialismo busca reduzir ou eliminar as disparidades econômicas entre os membros da sociedade. Isso geralmente envolve a redistribuição de riqueza e a implementação de políticas que visam garantir um padrão de vida básico para todos os cidadãos.

É importante notar que o socialismo não é uma ideologia monolítica, e há uma ampla variedade de interpretações e abordagens em todo o mundo. Diferentes países e movimentos socialistas implementaram essas ideias de maneiras diferentes, resultando em uma série de sistemas econômicos e políticos que podem variar de formas mais moderadas, como o socialismo democrático na Escandinávia, a formas mais rígidas e centralizadas, como o socialismo soviético. Conforme dito na abertura deste capítulo, não aprofundaremos em todas elas, tendo em vista o escopo deste trabalho.

Em muitas formas de socialismo, os meios de produção, como fábricas, terras e recursos naturais, são de propriedade coletiva ou controlados pelo Estado, em oposição à propriedade privada que caracteriza o capitalismo. Isso é feito para evitar a concentração de poder e riqueza nas mãos de poucos indivíduos, em detrimento de tantos outros.

O socialismo muitas vezes envolve algum grau de planejamento centralizado da economia, onde o Estado ou órgãos coletivos tomam decisões sobre a alocação de recursos e a produção de bens e serviços. O objetivo é atender às necessidades da sociedade em vez de atender ao lucro.

Tende ainda o socialismo a enfatizar a obrigação de fornecimento de serviços públicos, como saúde, educação e assistência social, a todos os membros da sociedade. O objetivo é garantir que todos tenham acesso a condições de vida dignas.

Algumas das formas de socialismo enfatizam a importância da democracia direta ou representativa na tomada de decisões políticas e econômicas. Isso é visto como uma forma de evitar a concentração de poder nas mãos de elites.

Outra preocupação do socialismo seria a justiça social, procurando eliminar a exploração, a opressão e a discriminação. Isso pode se estender a questões de gênero, raça e outras formas de desigualdade.

Enquanto o socialismo utópico propõe a implantação do sistema através de reformas, a vertente científica, encabeçada por Karl Marx e Friedrich Engels, enxergava a necessidade de uma revolução, sendo o socialismo uma espécie de transição para o comunismo.

Porém, ao lado das teorias, temos o socialismo real, que se revela nas tentativas de implantação do regime socialista, e que acabaram por se distanciar da teoria.

Na realidade, nenhum dos dois sistemas existe hoje, ou existiu, em uma forma pura. Mesmo em países socialistas como a República Democrática Alemã (RDA), ou mesmo a Coreia do Norte, alguns indivíduos possuíam ou possuem propriedade privada, enquanto o plano econômico abrangente nunca supriu por completo todos os elementos do mercado livre. Sem esses elementos, as economias dos países em questão teriam sido ainda mais disfuncionais. Embora os preços existam teoricamente nas economias socialistas, a função que desempenham é radicalmente diferente de sua função nas economias capitalistas. Na verdade, eles se parecem mais com os impostos, como observou o economista Zhang Weiying. Por outro lado, nas economias capitalistas, existe um certo grau de propriedade pública e intervenção regulatória, enquanto os impostos representam essencialmente um sistema de redistribuição que tira dos ricos e dá às classes médias e pobres (Zitelmann, 2022, p. 14/15).

O socialismo emerge como uma maneira de se repensar o sistema capitalista até então vigente.

O marxismo emergiu no século XIX, fundamentado em uma avaliação histórica e científica do capitalismo realizada por Karl Marx e Friedrich Engels. Para Marx e Engels, ao longo de todas as eras históricas, as sociedades foram definidas pela luta de classes, uma dinâmica marcada pelo conflito entre uma classe dominante e uma classe subordinada. No contexto do capitalismo, essas classes são representadas pelos proprietários dos meios de produção, os capitalistas, e pela massa de trabalhadores sem propriedades, o proletariado, que possui apenas sua capacidade de trabalho.

Os comunistas rejeitam dissimular as suas perspectivas e propósitos. Declaram abertamente que os seus fins só podem ser alcançados pelo derrube violento de toda a ordem social até aqui. Podem as classes dominantes tremer ante uma revolução comunista! Nela os proletários nada têm a perder a não ser as suas cadeias. Têm um mundo a ganhar. (Marx; Engels. 1948, p. 38).

A primeira tentativa concreta de estabelecer o socialismo aconteceu em 1917 na Rússia, que, pouco depois, se uniria a outros países formando a União Soviética. O socialismo foi implementado na Rússia em 1917 por meio de uma revolução violenta liderada por Vladimir Lênin.

(Engels e Marx) foram os primeiros a mostrar que a classe operária e as suas reivindicações são um produto necessário do regime econômico atual que cria e organiza inevitavelmente o proletariado ao mesmo tempo em que a burguesia; mostraram que não são as tentativas bem intencionadas dos homens de coração generoso que libertarão a humanidade dos males que hoje a esmagam, mas a luta de classes do proletariado organizado. Marx e Engels foram os primeiros a explicar, nas suas obras científicas, que o socialismo não é uma quimera, mas o objetivo final e o resultado necessário do desenvolvimento das forças produtivas da atual sociedade. Toda a história escrita até aos nossos dias foi a história da luta de classes, do domínio e das vitórias de certas classes sociais sobre outras. E este estado de coisas continuará enquanto não tiverem desaparecido as bases da luta de classes e do domínio de classe: a propriedade privada e a anarquia da produção social. Os interesses do proletariado exigem a destruição destas bases, contra as quais deve, pois, ser orientada a luta de classes consciente dos operários organizados. Ora, toda a luta de classes é uma luta política. (Lênin, 1979, p. 56).

Com a criação da União Soviética, a industrialização rápida foi vista como crucial para superar o atraso do país, que possuía uma economia pré-capitalista. Durante sete décadas, essa industrialização transformou o país em uma das maiores potências industriais do mundo, com um setor industrial altamente desenvolvido e diversificado, abrangendo siderurgia, metalurgia, química, combustíveis, armamentos, transportes e exploração espacial.

Apesar dos êxitos econômicos, a União Soviética colapsou em 1991. Os países do leste europeu, que faziam parte do bloco socialista liderado pela União Soviética, também caíram. Para evitar um destino semelhante, a China abandonou o modelo socialista maoísta, adotando, a partir de 1978, um sistema econômico misto de socialismo e capitalismo, conhecido como "socialismo de mercado", que inclui investimentos estrangeiros além de capitais estatais e privados nacionais. Na China, o socialismo evoluiu para um capitalismo de estado.

Historicamente, o socialismo não conseguiu promover progresso econômico e político sustentado, apesar de alguns avanços sociais. Os partidos marxistas falharam no atendimento às demandas dos trabalhadores, levando à desilusão popular com esses partidos, que não cumpriram suas promessas históricas de transformação social em duas etapas: primeiro tomar o poder do Estado, depois transformá-lo.

O fracasso do socialismo na União Soviética também se atribui à adoção de uma ditadura e de um regime de terror que durou cerca de 70 anos, inicialmente justificado pela necessidade de defesa contra reações contrarrevolucionárias internas e ataques externos durante e após a Primeira Guerra Mundial, depois para enfrentar a agressão nazista na Segunda Guerra Mundial e reconstruir o país após o conflito, e finalmente para competir com as potências ocidentais e os Estados Unidos durante a Guerra Fria.

A implementação de ditaduras nos países socialistas comprometeu a demanda universal por liberdade, resultando em uma mobilização popular que, forte nos primeiros anos do regime soviético, gradualmente se desfez, exceto durante a resistência ao nazismo na Segunda Guerra Mundial. Após a guerra, a desmobilização se intensificou, culminando nos últimos dias do socialismo na União Soviética, quando o descontentamento generalizado afetou a produtividade e a qualidade dos produtos, gerando apatia, mau humor e desespero. Isso explica por que o socialismo desapareceu sem resistência popular na União Soviética e no leste europeu.

O fracasso do socialismo deve-se principalmente ao fato de ter buscado a igualdade social sem alcançá-la e de não ter proporcionado a liberdade e a felicidade aos seres humanos, que só podem ser atingidas quando o lema "Liberdade, Igualdade, Fraternidade", legado do Iluminismo e invocado pela primeira vez na Revolução Francesa, é posto em prática. Este lema, que expressa os desejos universais da humanidade e se tornou um grito de ativistas pela democracia e contra governos

opressivos, não foi adotado nas revoluções socialistas, que focaram apenas na busca pela igualdade social. Essa falha foi um dos principais motivos pelo fracasso do socialismo no mundo, pois apenas a busca pela igualdade social não é suficiente para alcançar a felicidade do povo.

Sucede que o socialismo, na acepção ampla do termo, ao lado de sua versão radical, o comunismo, foram feridos de morte pelo individualismo e hedonismo pós modernos por terem ambos desconsiderado o bem-estar material particular de todos - que o capitalismo atinge pela potencialização de melhores resultados econômicos individuais, o que, em caráter universal, numa relação de causa e efeito, implica a prosperidade geral. (Sayeg; Balera, 2019, p. 202).

A primeira proposta revisionista da teoria marxista da revolução socialista foi a ideia de construir o socialismo de maneira pacífica através de vias parlamentares, uma concepção desenvolvida por Eduard Bernstein.

No final do século XIX, o político e teórico alemão Eduard Bernstein desafiou as teses dos líderes do Partido Social-Democrata da Alemanha, sugerindo uma revisão crítica das ideias de Marx.

Bernstein acreditava no poder emancipador da democracia burguesa, argumentando que as classes sociais subordinadas poderiam alcançar o socialismo por meios legais e pacíficos, utilizando a via parlamentar. Ele defendia uma postura política conciliatória e a redução da ênfase na luta de classes, que Marx havia proposto.

De acordo com tal esquema, temos, pois, como primeira condição da realização geral do socialismo, um grau definido de desenvolvimento capitalista e, em segundo lugar, o exercício da soberania política pelo partido da classe trabalhadora, isto é, a democracia social. (Bernstein, 1997, p. 88).

As ideias de Bernstein representaram o primeiro grande esforço teórico para justificar a reforma do capitalismo como caminho para o socialismo, em vez da violência revolucionária defendida por Marx. Para Bernstein, a transição para o socialismo deveria ocorrer através da democracia e de reformas graduais no sistema capitalista, bastando ao partido representante dos trabalhadores vencer eleições e obter a maioria parlamentar.

O aparecimento da corrente revisionista de Bernstein marcou o início da primeira grande crise do marxismo, introduzindo uma nova tendência que se opunha à concepção dialética da história de Marx e Engels e abandonava qualquer pretensão revolucionária. Diferente de Marx, Bernstein sustentava que o socialismo acabaria substituindo o capitalismo por razões morais, por ser um sistema mais justo e solidário. Criticava a visão de Marx sobre a existência de apenas duas classes sociais, uma

opressora e outra oprimida, e defendia a existência de várias classes interconectadas. Ele acreditava que a luta pelo interesse nacional era mais importante do que a luta de classes promovida pelo marxismo.

Em contraste com as teses marxistas, Bernstein defendia a melhoria gradual e contínua das condições de vida dos trabalhadores, permitindo-lhes ascender à classe média. Ele rejeitava a necessidade de estatizações ou nacionalizações em massa de empresas privadas e se opunha à violência revolucionária para alcançar o socialismo, como ocorreu nas revoluções russas, chinesas e cubanas do século XX.

A história demonstra, porém, que é extremamente difícil realizar uma revolução socialista por vias parlamentares, uma vez que as cadeiras do parlamento são amplamente ocupadas pela classe econômica dominante. No máximo, pode-se obter algumas concessões que não comprometem os interesses dos capitalistas. Na democracia parlamentar, não há oposição ao “status quo”, pois os partidos políticos dominantes concordam sobre a manutenção do mesmo. Não há partidos que possam chegar ao poder e que desafiem o dogma do mercado.

A forma representativa e parlamentar que se autodenomina democracia limita o poder dos cidadãos ao simples direito ao voto, ou seja, a muito pouco, problema este que analisamos no capítulo 4, quando abordamos a problemática dos excluídos do crescimento global e das democracias iliberais por todo o mundo.

A segunda proposta revisionista da teoria marxista da revolução social foi elaborada por Antonio Gramsci, propondo que a classe trabalhadora deveria conquistar a hegemonia na sociedade civil para construir o socialismo.

Gramsci, um filósofo italiano, argumentava que o controle das classes dominantes sobre o proletariado e outras classes subalternas no capitalismo não se dava apenas pelo uso dos aparatos repressivos do Estado, mas principalmente pela hegemonia cultural que as classes dominantes exerciam através do sistema educacional, instituições religiosas e meios de comunicação.

Com esse controle, as classes dominantes "domesticam" as classes subalternas, fazendo com que aceitem sua subordinação como algo natural e desejável, suprimindo assim qualquer impulso revolucionário. Dessa forma, forma-se um "bloco hegemonic" que integra todas as classes sociais em torno de um projeto que serve aos interesses dos

capitalistas. O poder hegemônico do capital combina coerção com o uso dos mecanismos de repressão e consenso com a prática da hegemonia cultural.

Para Gramsci, a supremacia de uma classe dominante se manifesta de duas maneiras: pela coerção ou repressão e pela direção intelectual e moral. Uma classe social subjuga os grupos oponentes através da repressão e lidera os grupos aliados. Gramsci sustentava que uma classe social deveria ser dirigente antes de conquistar o poder governamental, pois essa é uma das principais condições para alcançar o poder. Após a conquista do poder, a classe deve continuar a ser dirigente, além de dominante.

Para Gramsci, a hegemonia envolve a liderança intelectual e moral combinada com o domínio do poder político. O desafio, então, é compreender como o proletariado, ou qualquer classe subalterna, pode se tornar uma classe dirigente e exercer o poder político, transformando-se em uma classe hegemônica.

Pode haver reforma cultural, elevação civil das camadas mais baixas da sociedade, sem uma precedente reforma econômica e uma modificação na posição social e no mundo econômico? Eis por que uma reforma intelectual e moral não pode deixar de estar ligada a um programa de reforma econômica. E mais o programa de reforma econômica é exatamente o modo concreto através do qual se apresenta toda reforma intelectual e moral. (Gramsci, 1980, p. 9).

A hegemonia seria alcançada através da formação de um bloco social, com a criação de uma aliança política entre diferentes classes sociais.

Um exemplo ilustrativo das ideias de Gramsci é a ascensão da burguesia. Durante a Idade Média, através da expansão do comércio e das atividades bancárias, a burguesia foi se tornando uma classe dirigente antes de conquistar o poder nas revoluções burguesas na França e na Inglaterra.

A burguesia se consolidou como classe dirigente ao apoiar a centralização do Estado sob reis absolutistas. Os Estados Nação absolutistas surgiram na Europa por meio de uma aliança entre a burguesia e os monarcas, facilitando o avanço da revolução comercial. Os impostos passaram a ser pagos diretamente ao Estado, e não aos senhores feudais, criando um ambiente propício para o desenvolvimento do comércio e a ascensão da burguesia. Embora economicamente dominante e essencial para o sustento do Estado, a burguesia só conquistou o poder hegemônico com as revoluções na Inglaterra e na França.

Segundo Gramsci, a crise de hegemonia ocorre quando as classes politicamente dominantes não conseguem resolver os problemas da coletividade, impor sua visão de

mundo a toda a sociedade, ou liderar todas as classes sociais. Nestas condições, cria-se o ambiente para uma revolução social e a ascensão das classes subalternas ao poder. As classes subalternas podem se tornar dirigentes se conseguirem apresentar soluções concretas para os problemas não resolvidos pelas classes dominantes, expandindo sua visão de mundo a outros estratos sociais e criando um novo bloco social hegemônico.

A teoria da hegemonia de Gramsci está ligada à sua concepção do Estado capitalista, que exerce o poder tanto pela força quanto pelo consentimento, dividindo-o entre sociedade política e sociedade civil. A sociedade política é a esfera das instituições políticas e do controle legal constitucional, enquanto a sociedade civil, considerada uma esfera privada, inclui a economia. A primeira é o âmbito da força, e a segunda, do consentimento.

Gramsci argumenta que o partido revolucionário é a força que permitirá à classe trabalhadora desenvolver uma hegemonia alternativa dentro da sociedade civil. A complexidade da sociedade civil moderna implica que a única estratégia para minar a hegemonia burguesa e alcançar o socialismo é a "guerra de posições" (semelhante à guerra de trincheiras). A "guerra de movimento", ou ataque frontal, como o dos bolcheviques na Rússia em 1917, era apropriada ao desenvolvimento atrasado da sociedade civil russa. No Ocidente, Gramsci defendia a "guerra de posições" como a estratégia adequada, enquanto a "guerra de movimento" se aplicaria ao Oriente, onde prevaleciam sociedades menos desenvolvidas.

Também descreveu a "revolução passiva" como a ascensão ao poder sem romper o tecido social, mas adaptando-se e modificando-o gradualmente. Exemplos disso incluem a revolução inglesa de 1640 e a reforma do capitalismo com o Estado de Bem-Estar Social na Suécia nos anos 1930. Contudo, não há exemplos históricos de uma revolução socialista "passiva".

Para Gramsci, no Ocidente, o Estado combina coerção e consentimento, com uma formação social fortemente articulada pela ideologia. Um partido de esquerda deve disputar a hegemonia na sociedade civil para alcançar o socialismo.

A construção do socialismo preconizada por Gramsci não se concretizou em nenhuma parte do mundo, devido à dificuldade das classes subalternas em se tornarem hegemônicas na sociedade civil, especialmente nas condições atuais de globalização do capitalismo. A ascensão da burguesia ao poder na Idade Média dificilmente se repetiria

nas condições atuais, pois nenhuma classe subalterna, como a classe operária, teria condições de se impor economicamente no capitalismo globalizado atual para assumir a condição de classe dirigente antes de conquistar o poder hegemônico na sociedade contemporânea.

6 PONTO DE CHEGADA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CAPITALISMO

6.1 Capitalismo: o valor, a positivação e o direito aplicado.

O surgimento do capitalismo é um processo complexo e gradual, que se estendeu por vários séculos. Não há uma data específica que marque o início do capitalismo, mas o podemos afirmar que o seu período de maior desenvolvimento foi na Idade Moderna, em especial a partir dos séculos XV e XVI, na Europa.

Durante o período feudal, a Europa estava em grande parte organizada sob sistemas nos quais a terra era a principal fonte de riqueza e poder. A sociedade era estratificada em classes, cada qual com suas funções. Os senhores feudais controlavam as terras e os camponeses trabalhavam a terra em troca de proteção e segurança.

A Revolução Comercial trouxe, durante os séculos XV e XVI, um conjunto de mudanças econômicas, políticas e sociais significativas, e marcou o início da transição do feudalismo para o capitalismo, ainda em sua forma inicial de desenvolvimento.

Um dos aspectos mais evidentes da Revolução Comercial foi o crescimento do comércio internacional. Isso envolveu a exploração de novas rotas comerciais, principalmente marítimas, que permitiram a conexão entre a Europa e outras partes do mundo, como as Américas, África e Ásia. A expansão do comércio internacional trouxe uma ampla variedade de produtos, como especiarias, metais preciosos, tecidos e alimentos.

O comércio em expansão levou ao crescimento de cidades como centros de comércio e produção. As cidades se tornaram importantes núcleos de atividade econômica e social, criando um ambiente propício para o desenvolvimento de uma economia monetária e um mercado mais diversificado.

A Revolução Comercial também testemunhou avanços tecnológicos, como o desenvolvimento de técnicas de navegação mais avançadas, que permitiram viagens marítimas mais seguras e longas, e a invenção da imprensa, que facilitou a disseminação de informações e o crescimento do mercado.

Durante esse período, muitos estados europeus se consolidaram, formando estados nacionais mais centralizados. Isso permitiu um ambiente mais estável para o comércio e contribuiu para o fortalecimento do poder dos monarcas.

A expansão comercial também foi frequentemente acompanhada pela exploração de novas terras e povos. Isso incluiu a exploração das Américas, a expansão de impérios coloniais europeus e o tráfico de escravos africanos.

Nesse período, surgiu o "capitalismo comercial", que envolvia a busca de lucro por meio do comércio e do investimento em empresas comerciais. Os comerciantes e mercadores passaram a desempenhar um papel central na economia, e o acúmulo de riqueza através do comércio se tornou uma atividade importante.

Tendo por objetivo a busca do lucro e a acumulação de riquezas, o capitalismo comercial nasce sob uma ótica egoísta e individualista, sem maiores preocupações com o meio social ou, quando muito, partindo do pressuposto que a realização coletiva nada mais seria do que a soma das realizações individuais.

Em suma, segundo a concepção egoísta, é inútil procurar uma Felicidade coletiva, como ensinaram os filósofos gregos, pois a sociedade nada mais é do que uma coleção de indivíduos. O que importa é que cada qual se esforce por alcançar, racionalmente, sua própria Felicidade pessoal. Com base em tais orientações, como ninguém ignora, o sistema capitalista sempre funcionou tendo em vista o interesse próprio dos empresários, desconsiderando inteiramente o bem comum da coletividade, de modo geral, e os direitos de trabalhadores e consumidores, em especial. (...) Em outras palavras, o capitalismo revelou-se, desde logo, fundamentalmente, antirrepublicano e antidemocrático (Comparato, 2014, p. 51/52).

Sobre valores antidemocráticos, remetemos o leitor ao item 4.2, em que tratamos da ascensão das democracias iliberais, especialmente em países de desenvolvimento tardio.

Dessa forma, o valor capitalista nesse primeiro momento muito mais se aproxima da concepção utilitarista, abordada no tópico 5.1, do que do humanismo objeto de estudo no capítulo 3, por não enxergar o homem como um fim em si mesmo, mas como um meio para exploração da mão-de-obra com o fito de gerar lucros.

Acerca desse egoísmo, tido como a busca tão somente de interesses próprios e individuais, Adam Smith (1996, p. 74) já mencionava que, ao se buscar algo em uma determinada relação de natureza jurídica e econômica, devemos apresentar à outra parte da relação as vantagens que para ela advirão do negócio, sob o risco de não obter a

celebração dele. Não se espera algo em razão da benevolência, mas sim do interesse relacionado a uma vantagem que será obtida:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles.

No decorrer dos séculos XVI a XVIII, ganham força as políticas mercantilistas, que enfatizavam a acumulação de ouro e prata, bem como a proteção de indústrias nacionais. Esse período também viu o surgimento de grandes empresas comerciais e é marcado por colonizações.

A Revolução Industrial, que teve início na Inglaterra no final do século XVIII e se espalhou para outras partes da Europa e do mundo, foi um marco crucial no desenvolvimento do capitalismo. Ela trouxe uma mudança significativa na produção, com a substituição da produção manual pela maquinária, o que impulsionou a produtividade e a urbanização.

O capitalismo moderno, caracterizado por relações de produção baseadas na propriedade privada dos meios de produção e pela busca de lucro, consolidou-se no século XIX e continuou a se expandir ao longo do século XX. A teoria econômica clássica, representada por pensadores como Adam Smith e David Ricardo, ajudou a moldar os fundamentos ideológicos do capitalismo.

É importante ressaltar que o desenvolvimento do capitalismo não foi uniforme em todo o mundo, e diferentes regiões experimentaram esse processo em momentos e formas distintos. Além disso, o capitalismo passou por várias transformações ao longo de sua história, resultando em diferentes formas, como o capitalismo industrial, o capitalismo financeiro e o neoliberalismo, entre outros.

Hoje, enfrentamos a necessidade de repensar o capitalismo.

Na civilização humanista do futuro, por conseguinte, os indivíduos e os grupos sociais não haverão de se separar entre si, buscando cada qual a realização de seus próprios interesses, como sucede na civilização capitalista, mas formarão, em conjunto, aquela “sociedade comum do gênero humano”, anunciada por Cícero há mais de vinte séculos. Ao mesmo tempo, a humanidade tomará consciência de que a biosfera acha-se gravemente comprometida pelos malefícios sistemáticos provocados no decurso da civilização capitalista; e que a preservação do equilíbrio ecológico é a primeira condição para a sobrevivência da humanidade na face da Terra. É esse espírito comunitário que deverá formar o núcleo da mentalidade coletiva e do sistema ético da futura civilização mundial humanista (Comparato, 2014, p. 301).

Não defendemos a troca do sistema capitalista por outro, até mesmo em razão das tentativas fracassadas, em especial na adoção socialista em alguns Estados, o que serviu para fortalecer ainda mais o capitalismo como o sistema “vencedor”, conforme estudamos no item 5.3.

O que visamos é a adoção de um capitalismo que mantenha lastro com os valores sociais de igualdade, de existência digna, de justiça social, de proteção do consumidor e do meio-ambiente, mudança esta que parte da alteração dos valores da sociedade e a nova forma de se enxergar o sistema capitalista, se comparado com o momento histórico de seu surgimento.

Ocorre que esta alteração de valores já restou materializada na positivação do texto normativo, conforme veremos no tópico subsequente, mas ainda sem êxito na efetiva aplicação, problema estabelecido como ponto de partida deste trabalho, e que será desenvolvido no capítulo 7.

6.2 A rota traçada pela Constituição Federal de 1988

Ao estabelecer normas relativas à ordem econômica, a Constituição Federal procurou estabelecer os limites do capitalismo, adequando-os ao humanismo democrático, abordado no tópico 3.2, repudiando as mazelas do atual mundo globalizado, elencadas nos tópicos 4.1 e 4.2.

Nos dizeres de Eros Grau (2003, p. 58), a ordem econômica estabelecida na Constituição Federal pertence ao mundo do dever-ser, a moldar a ordem econômica do plano do “ser”.

A expressão “ordem econômica”, ao ser utilizada como termo de conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. Como o vocábulo “ordem”, no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente “ordenada”, isto é, normatizada e, portanto, regulada.

Poderíamos, retomando conceitos expostos na abertura do tópico 1.1 deste trabalho, dizer que a ordem econômica positivada na Constituição Federal está no plano

da metalinguagem, e não da linguagem-objeto, de modo a interferir neste último, moldando-o de acordo com as diretrizes constitucionais.

Em 1988, após mais de 20 anos sob um regime ditatorial, o poder constituinte estabeleceu as bases para nossa redemocratização. Nesse contexto, a Constituição Federal evidencia uma clara intenção de integrar o sistema capitalista dentro dos limites definidos pela proteção dos direitos fundamentais e pelo que chamamos de humanismo democrático. Como ensina Bercovici (2013, p.19), “a Constituição, na realidade, não estabelece um Estado, mas propõe a realização de um modelo de Estado”

Em que pese a expressão “ordem econômica” também se mostrar ambígua, adotamos, neste trabalho, o conceito apresentado por Eros Grau (2003, p. 58):

(...) termo de conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. Como o vocábulo “ordem”, no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente “ordenada”, isto é, normatizada e, portanto, regulada.

A Constituição apresenta uma estrutura sólida para a ordem econômica, buscando reduzir a intervenção excessiva que prevalecia anteriormente, em favor de um modelo liberal de sistema capitalista descentralizado e baseado na economia de mercado. Nesse contexto, a Constituição Federal estabelece um conjunto de princípios que fundamentam a ordem econômica e financeira. No Brasil, a ordem econômica é organizada por princípios detalhados no artigo 170 da Constituição Federal.

Dentro desses princípios, o da soberania nacional desempenha um papel crucial em tempos de globalização, que exige que o país expanda suas fronteiras comerciais e se adapte à soberania transnacional, promovida por um capitalismo não selvagem. A ordem econômica mantém o capitalismo, protegendo o desenvolvimento do mercado. É interessante notar que em nosso ordenamento jurídico surge a cláusula geral da função social, que amplia a concepção liberal originada na Revolução Francesa.

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para essa aquisição as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Ano*, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas. (Gonçalves, 2015, p. 244).

Para estimular as empresas privadas, o legislador constituinte incorporou o princípio da livre concorrência, permitindo que as empresas competissem entre si. Além disso, adotou um princípio de ordem liberal, que preconiza a não intervenção do Estado, exceto quando houver um fundamento justificável. Conforme Eros Grau enfatiza: “De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico.” (Grau, 2003, p. 238).

A Constituição Federal, nos incisos V e VI do artigo 170, também demonstra preocupação com os direitos de terceira dimensão, que incluem os direitos difusos e coletivos. Esses princípios tratam da proteção do consumidor e do cidadão diante do poder econômico das empresas. O Estado deve ajustar o regime jurídico para acompanhar o avanço de um cenário privatizado e desregulamentado.

Além disso, o crescimento econômico frequentemente resulta na degradação do meio ambiente, portanto, o progresso material deve ocorrer de maneira sustentável, assegurando a qualidade de vida e o sustento das futuras gerações.

A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. O critério do desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país. (Fiorillo, 1997, p. 118).

A Constituição Federal dedica os últimos incisos à questão das desigualdades sociais e regionais e à busca do pleno emprego. O pleno emprego está relacionado à oferta de trabalho e ao funcionamento do sistema capitalista, conferindo uma função social às empresas. A redução das desigualdades está ligada ao planejamento econômico do Estado.

Assim, o Estado tem o objetivo de normatizar e regular as atividades econômicas. É importante lembrar que a ordem econômica é fundamentada em princípios voltados à proteção do ser humano, valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa, além de buscar a redução das desigualdades sociais e regionais, garantindo a dignidade humana e promovendo a justiça social.

O Brasil segue um modelo de Estado liberal e adota a economia de mercado, mas ainda exerce seu papel nas atividades econômicas por meio da intervenção estatal.

O mercado é uma instituição jurídica que deve ser regulada pelo Direito, e não o contrário.

Além disso, a Constituição possui uma natureza dirigente, servindo como base para os programas de governo previstos em suas normas, com um forte enfoque no futuro. O Estado deve propor mudanças na estrutura econômica com o objetivo de assegurar o humanismo. A Constituição de 1988 é considerada dirigente porque, através de suas normas programáticas, estabelece melhorias nas condições econômicas e sociais.

Atualmente, as Constituições dirigentes enfrentam grandes desafios devido às exigências do capitalismo e a uma ordem jurídica que demanda um Estado cada vez menos intervencionista, resultando em um fenômeno de desconstitucionalização. O humanismo, frequentemente invocado nas Constituições, tem perdido seu caráter social. “Numa frase, o humanismo dos dias atuais ainda é mais fachada do que autêntico. Feito o ditado popular ‘faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço,’ mesmo no círculo de uma economia mundial.” (Britto, 2010, n.p.).

Portanto, definir o tipo de humanismo escolhido pelo constituinte em seu texto é crucial para a interpretação do art. 170 da Constituição. O humanismo na ordem constitucional representa a dignidade fundamental. “Dignidade que o direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do estado e da sociedade” (Britto, 2010, n.p.).

O humanismo, compreendido como a reverência ao sujeito universal, resulta em princípios fraternais de um constitucionalismo cumulativo, um constitucionalismo que se expande no âmbito dos direitos.

O artigo 170 da Constituição Federal deixa clara a intenção do legislador constituinte de buscar o equilíbrio entre o liberalismo, típico do capitalismo em sua origem, e o humanismo democrático, ao assegurar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, mas com o fim expresso de garantir a todos (não a alguns) existência digna, conforme os ditames da justiça social, e com observância dos princípios estabelecidos em seus incisos, e que passo a abordar.

A soberania, primeiro princípio elencado, é de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais no atual cenário globalizado, conforme analisamos de forma aprofundada nos itens 4.1 e 4.2.

Em seguida, ao mesmo tempo em que garante a propriedade privada, um dos pilares do capitalismo, repete a necessidade de atendimento a sua função social, como já o havia feito no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º.

Ao mesmo tempo em que garante, no artigo 170, V, a livre concorrência, outro pilar do capitalismo, nos incisos imediatamente subsequentes o legislador elenca a necessidade de defesa do consumidor, do meio-ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e, para que de fato seja assegurada a livre concorrência, o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

Apesar do aparente conflito entre os princípios elencados, tão díspares entre si, remetemos o leitor ao tópico 2.2 deste trabalho, em que tratamos do objetivo de se encontrar um caminho quando positivadas duas trilhas aparentemente tão distintas.

O equilíbrio deve ser encontrado no âmbito do Poder Judiciário.

Porém, não podemos estar sujeitos a uma verdadeira loteria, cujo êxito depende da sorte ou azar na distribuição, por sorteio, do processo, a um magistrado que possua uma determinada convicção, ou outro, com entendimento diverso.

Precisamos firmar o caminho a ser seguido de forma segura, e, para isso, os principais instrumentos são o consequencialismo e a força conferida aos precedentes judiciais em nosso ordenamento, o que abordaremos no capítulo 7.

Conforme estudado no tópico 3.2, a Constituição chamada dirigente deve servir de base na elaboração de planos de governo, para efetivação do humanismo democrático. Jamais pode ser lida como uma fábula com final feliz, sem qualquer relação com o mundo em que vivemos.

O princípio da força normativa da Constituição é considerado pela doutrina como um dos princípios constitucionais fundamentais que orientam a interpretação do texto constitucional.

Ao aplicar as normas constitucionais, esse princípio exige que se busque a máxima efetividade das mesmas. Esse preceito está intimamente ligado à própria soberania da Constituição, como Lei Fundamental do Estado, que confere legitimidade a todo o ordenamento jurídico.

O princípio da força normativa da Constituição implica que não basta a norma estar escrita no texto constitucional para ser considerada Lei Fundamental de um Estado; é necessário que trate dos fundamentos da nação e de seus anseios.

O principal precursor desse princípio foi o doutrinador alemão Konrad Hesse, que afirmava que toda norma constitucional deve ter um mínimo de eficácia, sob pena de ser considerada "letra morta".

Hesse destacava que a Constituição deve refletir a realidade jurídica do Estado e estar conectada com a realidade social. A prática da força normativa da Constituição traduz os fundamentos da teoria neoconstitucionalista.

"Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa" (Hesse, 1991, p. 20).

Trata-se da ideia de que a Lei Maior não deve ser meramente teórica e utópica, mas deve ser praticável, com o objetivo principal de atender aos anseios e necessidades sociais do Estado. Assim, para que a Constituição tenha uma força normativa efetiva, é necessário interpretá-la de maneira que se busque sua plena eficácia dentro da realidade social.

Neste contexto, destaca-se a importância do princípio interpretativo da força normativa da Constituição como um dos fundamentos da teoria da abstrativização do controle difuso, pois a mutação constitucional promove uma "atualização" do texto constitucional.

A força normativa da Constituição é evidenciada pelos preceitos e princípios estabelecidos pelo legislador constituinte. Isso representa a vontade da Constituição. O Supremo Tribunal Federal deve interpretar essa vontade de forma a evitar contradições entre as decisões da mais alta corte e os princípios da Carta Magna.

Além disso, é importante destacar que a Constituição Federal brasileira é considerada rígida, pois requer um processo legislativo mais complexo para alterar seu conteúdo. Nesse contexto, o princípio da força normativa ganha destaque, já que valoriza a Constituição em relação a outras normas.

A rigidez constitucional também se baseia na pirâmide de Kelsen, uma teoria que fortalece a supremacia da Constituição e sua força normativa.

Sobre o tema, Gilmar Mendes ressalta:

(...) se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a supremacia da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa (...). (Mendes, 2010, p. 58).

Neste contexto, o princípio da força normativa constitucional emerge como um dos fundamentos da teoria da abstrativização, pois sustenta a primazia da vontade da Constituição, algo de importância central a ser ponderado nas deliberações do Supremo Tribunal Federal.

Outro princípio crucial que fundamentou o argumento a favor da nova tendência de transcendência dos motivos da decisão é o princípio da supremacia da Constituição.

Embora o princípio da supremacia compartilhe diversas semelhanças com o princípio da força normativa, apresenta várias diferenças práticas. A chamada hierarquia formal entre normas constitucionais e infraconstitucionais é observada apenas em Constituições escritas rígidas: para uma norma ser válida, deve estar em conformidade com as disposições da Constituição. Esse aspecto de superioridade das normas não se aplica às Constituições flexíveis (como a da Inglaterra), pois todas as normas estão no mesmo nível hierárquico. Consequentemente, nessas últimas, não há supremacia do texto constitucional sobre as demais normas.

É observado ainda, em termos práticos, que apenas nas Constituições escritas rígidas é permitido o controle de constitucionalidade, pois nas Constituições flexíveis esse controle não é possível, já que não há hierarquia entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, tornando desnecessária a harmonização entre elas.

Em resumo, nos países com Constituições rígidas, a lei ordinária incompatível com a Lei Fundamental não é aplicada por ser inválida, enquanto nos países com Constituições flexíveis, devido à ausência de hierarquia ou supremacia entre as normas, o conflito é resolvido pela revogação da norma anterior pela norma posterior (*lex posterior derogat priori*).

Nesse contexto:

(...) Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas

regras regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. (Marshall, 1903, p. 24/25).

A compatibilização constitucional das normas no nosso país deve se dar mediante análise do princípio da supremacia da lei fundamental, a ser rigidamente observado, tanto pelo legislador infraconstitucional como pelo Poder Judiciário.

Se, por um lado, o legislador tem se atentado aos ditames constitucionais, conforme veremos no tópico subsequente, por outro, há a necessidade do Poder Judiciário valer-se dos instrumentos que tem a sua disposição para garantir a efetivação, pois temos assistido, constantemente, a um distanciamento entre o texto da norma e a norma aplicada, conforme abordamos no item 2.3. Esse modo de atuação será objeto de análise no capítulo 7.

O capitalismo humanista (Sayeg; Balera, 2011) surge como uma forma de capitalismo moldado conforme os valores humanistas, porém, a nosso ver, falha ao estabelecer como fundamento o direito natural teológico e os ensinamentos de Jesus Cristo, pois, como estudado no capítulo 1, o direito natural traz consigo a insegurança e a indeterminabilidade. Além disso, havemos de separar o Direito da religião, sendo extremamente frágil a fundamentação da obrigatoriedade com base em dogmas religiosos e na figura de Jesus Cristo.

Se o direito natural não apresenta estabilidade no que diz respeito a seus valores, sofrendo variações de tempo e espaço, e a positivação não tem se mostrado eficaz, havendo um distanciamento aparentemente cada vez maior entre o texto e a norma, cabe ao Poder Judiciário assumir o protagonismo na proteção dos direitos fundamentais, sem prejuízo das bases capitalistas, fazendo com que sejam efetivas as bases constitucionalmente firmadas do capitalismo como sistema econômico, mas em equilíbrio com o bem-estar social.

6.3 O legislador infraconstitucional segue seu caminho

A essa altura, já podemos estabelecer uma conclusão, ainda parcial, de que o problema da (des)proteção dos direitos fundamentais no sistema capitalista, não se encontra na adoção de mencionado sistema, dominante no mundo todo, nem nos valores

da sociedade que limitam os interesses econômicos dos protagonistas, tampouco na positivação de textos normativos, mas sim na eficácia da aplicação destes últimos.

Conforme vimos no tópico anterior, a Constituição Federal claramente estabeleceu as balizas do modelo econômico adotado, não renunciando à proteção ambiental, da defesa do consumidor, da igualdade, e de uma sociedade guiada pelos ditames da justiça social.

A força normativa da Constituição, conforme também visto no tópico anterior, deve vincular a atividade legislativa, executiva e judicial.

No âmbito legislativo, não são poucos os exemplos de diplomas normativos que seguem a mesma linha estabelecida pela Constituição Federal. Poderíamos mencionar, por exemplo, a função social da propriedade e dos contratos, no Código Civil, a lei geral de proteção de dados, que visa a proteção do indivíduo e de sua privacidade e intimidade perante as grandes empresas transnacionais, sobre as quais falamos no capítulo 4, ou o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Porém, neste tópico, optamos por tratar, de forma um pouco mais específica, da lei 14.181/21, que cuida da proteção dos superendividados.

A escolha desta lei se deu por algumas razões que entendo ser de bom alvitre elencar.

Primeiramente, deve-se ao fato de ser uma lei que atinge o cerne do modelo capitalista da economia de mercado, qual seja, o crédito concedido para o consumo.

Outrossim, conforme veremos, o consumo é a marca de nossa sociedade atual, em que as pessoas são classificadas de acordo com aquilo que elas têm, muito mais do que pelo que elas são, de forma que acaba por se apresentar como um dos valores sociais no mundo contemporâneo.

Terceiro, porque a finalidade da lei em questão é a reinserção, na economia, de alguém que havia sido dela excluído, por sua situação de superendividamento.

Resumindo, é uma lei que trata de forma direta e específica do balanceamento entre interesses econômicos dos agentes de mercado, o consumo e a dignidade da pessoa humana, aqui caracterizada pela preservação do mínimo existencial e pela inserção do indivíduo no meio social.

Estabelecidas as razões para a escolha, passamos à abordagem legislativa.

De acordo com o filósofo polonês Zygmunt Bauman, a vida contemporânea é caracterizada pela fluidez e efemeridade, em que os laços sociais e relacionais são frágeis, assemelhando-se a um líquido que se transforma constantemente conforme as circunstâncias. Essa fluidez proporciona uma sensação de liberdade individual, permitindo-nos buscar nossos desejos. No entanto, devido à efemeridade do prazer, estamos constantemente em busca de estímulos, e os objetos de desejo são programados para se tornarem obsoletos.

Nesse cenário, a busca contínua pelo prazer coloca o "ter" em destaque em relação ao "ser", e a vida passa a girar em torno do consumo, em vez da produção.

A vida organizada em torno do papel do produtor tende a ser normativamente regulada. Há um mínimo de que se precisa a fim de manter-se vivo e ser capaz de fazer o que quer que o papel de produtor possa requerer, mas também um máximo com que se pode sonhar, desejar e perseguir, contando com a aprovação social das ambições, sem medo de ser desprezado, rejeitado e posto na linha (...) O principal, cuidado, portanto, é com a conformidade (...) A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis – não mais por regulação normativa (...) Como não há normas para transformar certos desejos como 'falsas necessidades', não há testes para que se possa medir o padrão de 'conformidade. (Bauman, 2021, p. 98/99).

O consumo assume um papel central na construção da identidade, onde os produtos que consumimos definem nosso estilo de vida e comportamento, tornando as marcas símbolos de nossa identidade.

Inicialmente, o consumo facilita a inclusão social em grupos específicos, mas posteriormente passa a ser usado para diferenciar cada indivíduo dentro desses grupos.

Imitação de um modelo dado, a moda satisfaz uma necessidade de apoio social, ela leva o singular à via seguida por todos, ela indica uma universalidade que reduz o comportamento de cada um a mero exemplo. Ela também satisfaz, no entanto, a necessidade de distinção, a tendência à diferenciação, à variação, ao destaque. E ela consegue isso, por um lado, através da mudança de conteúdos que imprime à moda de hoje sua marca individual em relação à moda de ontem e de amanhã, mas por outro lado, ainda mais energicamente, pelo fato de as modas serem modas de classe, de as modas das camadas mais altas se distinguirem daquelas das mais baixas e serem abandonadas no momento em que essas começam a se apropriar daquelas. Portanto, a moda não é nada além de uma forma de vida entre outras, através da qual se conjuga, em um mesmo agir unitário, a tendência à uniformização social à tendência à distinção individual, à variação. (Simmel, 2008, p. 3).

Diante da incessante busca pelo consumo, uma corrida sem fim, uma vez que o desejo é continuamente reavivado ao longo da jornada (Bauman, 2021, p. 94), e diante da pressão social exercida, o consumidor se encontra em uma posição de

vulnerabilidade, demandando uma proteção especial por parte do Estado. A lei 14.181/21 tem como objetivo estabelecer uma cultura de crédito responsável e proteger o consumidor contra o superendividamento.

No contexto das muitas transformações observadas no início do século XX, destaca-se, no âmbito jurídico, a aproximação entre as esferas pública e privada, reduzindo a clássica separação que historicamente visava proteger o homem burguês em relação ao Estado.

Até então, a Constituição Federal se limitava a regular apenas as relações relacionadas ao Estado, sem interferir na autonomia privada nas negociações entre particulares. Com a aproximação entre os campos público e privado, o Estado passa a se preocupar com a preservação dos direitos fundamentais também nas relações entre indivíduos. Dessa forma, a dignidade e a proteção dos indivíduos em um nível constitucional começam a se refletir nos institutos do direito civil, por meio da integração de temas tradicionais do direito privado, como propriedade, família, criança e adolescente, no âmbito constitucional.

Dessa forma, “o legislador, intervindo nas relações de direito privado, modificou o eixo de referência deste, do Código Civil para a Constituição”. (Miragem, 2011, p. 30).

A elevação dos direitos subjetivos a um status constitucional tem implicações práticas significativas, especialmente em relação à sua superioridade hierárquica quando confrontados com outras normas infraconstitucionais, e à exigência de medidas concretas para garantir a efetivação desses direitos.

Especificamente no que diz respeito ao direito do consumidor, sua proteção é estabelecida na Constituição Federal como um direito fundamental, conforme o artigo 5º, XXXII, e como um princípio da ordem econômica, conforme o artigo 170, V.

Dado que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais constituem a base axiológica de nosso ordenamento jurídico, formando um núcleo rígido hierarquicamente superior a outras normas. Portanto, não é permitida nenhuma deliberação com o intuito de abolir qualquer desses direitos, conforme estipulado pelo artigo 60, §4º, IV, que trata das cláusulas pétreas.

De fato, a própria disposição da proteção ao consumidor dentro do artigo 5º da Constituição Federal confere a ela a natureza de um direito irrevogável, mesmo por meio de emenda à própria Constituição Federal.

Para garantir essa proteção, o legislador constituinte determinou ao legislador ordinário que estabelecesse as normas para sua efetivação, como indicado pela expressão "nos termos da lei", presente no artigo 5º, XXXII, assim como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Apesar da demora do legislador brasileiro, que excedeu o prazo concedido pelo legislador constituinte em 587 dias, o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, e a proteção do consumidor tem sido uma preocupação constante desde então.

A forma como se passam a compreender os direitos fundamentais, sobretudo a partir da interpretação que lhes dá a Corte Constitucional Alemã, faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor desses direitos, o que vai determinar ao Poder Público não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão. (Miragem, 2011, p. 34).

A proteção do consumidor garante a igualdade material, indo além da igualdade formal, ao conceder certa desigualdade aos desiguais para alcançar um equilíbrio completo. Seria profundamente injusto tratar de forma idêntica o fornecedor de um produto ou serviço e o consumidor, que é vulnerável por sua própria condição.

Este direito é considerado fundamental de segunda dimensão, representando uma transição do Estado liberal, no qual os direitos fundamentais de primeira dimensão consistiam principalmente em prestações negativas do Estado, como a não interferência em direitos como liberdade e propriedade, para um Estado social, que também tem o dever de fornecer prestações positivas, como saúde, educação, lazer, moradia e a proteção ao consumidor.

Enquanto a primeira dimensão dos direitos fundamentais estava centrada na liberdade, especialmente na liberdade burguesa, a segunda dimensão surge para buscar a satisfação da igualdade material mencionada anteriormente.

Não é suficiente que o Estado não ultrapasse seus poderes; ele também deve agir quando necessário para garantir a dignidade da pessoa humana, seja por meio da prestação de serviços públicos ou pela intervenção necessária nas relações entre particulares.

Ao exigir que o Estado forneça uma prestação positiva para garantir o respeito aos direitos fundamentais, estes deixam de ter eficácia apenas em uma relação vertical, na qual o Estado está em posição de superioridade em relação aos cidadãos protegidos, para também produzir efeitos em relações horizontais, entre particulares que, pelo menos teoricamente, estariam em um patamar de igualdade, sendo responsabilidade do Estado garantir essa proteção.

(...) os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao direito privado e nem às relações entre particulares, admitindo, além disso, a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nesta seara. Do contrário, estariam, em verdade – tal como oportunamente averbou Jean Rivero – chancelando hipocritamente a coexistência de uma dupla ética social, em sustentando que os direitos fundamentais são oponíveis apenas em face do Estado, não o sendo frente a agressões oriundas de particulares. (Sarlet, 2011, p. 278).

No contexto da propagada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no campo dos direitos do consumidor, a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 2591, em julho de 2006, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, é reconhecida como um marco na constitucionalização do direito civil.

A ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, buscando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, argumentando, em resumo, que a proteção do consumidor está contemplada no artigo 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, enquanto a regulação do Sistema Financeiro está em outro capítulo.

No entanto, a decisão proferida afirmou a constitucionalidade do artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, garantindo a proteção ali prevista como um direito fundamental.

Nessa decisão, merecem destaque dois importantes aspectos, um de natureza formal e outro substantivo.

O primeiro é o aspecto formal, sistemático, valorativo e institucional desta decisão do STF, que afirmou a nova garantia institucional do direito do consumidor. Em outras palavras, o STF reconheceu que o direito do consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado sui generis brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo de várias fontes legislativas de direito privado (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e leis do sistema financeiro e securitário) sob a luz e orientação do sistema de valores da Constituição. O segundo aspecto da transcendência desta decisão é substantivo, sistemático, valorativo e eficacial, referindo-se a um aspecto importante da constitucionalização do direito dos contratos, no caso contratos bancários,

financeiros, de crédito e securitários ou relações de consumo que envolvem direitos humanos ou fundamentais do contratante mais fraco, o consumidor, que é a análise do efeito horizontal (ou entre dois contratantes privados) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de *Drittwickung* no direito do consumidor constitucionalizado. (Marques, 2011, p. 56).

O entendimento adotado naquela que ficou conhecida no meio jurídico como a ADI dos bancos colocou a Constituição Federal no cerne do direito privado, reduzindo a antiga dicotomia que separava de forma absoluta as esferas pública e privada.

A compatibilidade entre os microssistemas que constituem um único sistema normativo deve ser fundamentada em uma coordenação para a aplicação simultânea e coerente das diversas fontes legislativas típicas do pluralismo pós-moderno, conforme proposto por Erik Jayme e trazido ao Brasil por Cláudia Lima Marques na teoria do "diálogo das fontes".

Segundo essa teoria, as normas devem ser interpretadas de maneira a coexistirem no ordenamento, em vez de se excluírem mutuamente. É como se os diversos microssistemas de um ordenamento jurídico fossem planetas orbitando em um mesmo sistema solar.

Assim, o sistema de proteção ao consumidor é aplicado simultaneamente ao Código Civil, às leis bancárias e financeiras, todos coordenados pela Constituição Federal, que irradia seus efeitos não apenas nas relações que envolvem o Estado, mas em qualquer relação que demande intervenção estatal para garantir e preservar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Ao determinar, no âmbito constitucional, a proteção do consumidor, o legislador constituinte deixa claro que tem a intenção de agir positivamente, interferindo, se necessário, nas relações entre particulares, não como uma opção estatal, mas como um dever de proteção.

Diante das mudanças na sociedade, caracterizadas pelo consumo, pela atenuação da dicotomia entre o público e o privado, e pela constitucionalização do direito civil, juntamente com o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, torna-se inevitável considerar um novo modelo de capitalismo.

Embora a propriedade privada e a livre iniciativa, fundamentos do capitalismo, tenham sido adotados pela ordem econômica constitucional, é importante ressaltar que o próprio artigo 170 da Constituição Federal estabelece a busca pela dignidade de todos,

de acordo com os princípios da justiça social, como um objetivo da ordem econômica. Isso inclui, entre outros princípios, a defesa do consumidor, a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Enquanto a primeira dimensão dos direitos fundamentais abarcava a liberdade e exigia uma não interferência por parte do Estado, e a segunda dimensão, visando à igualdade, demandava ações positivas relacionadas aos direitos sociais, a terceira dimensão trata da fraternidade e solidariedade nas relações, tanto no âmbito público quanto no privado.

O legislador constituinte, consciente dessa dimensão, incluiu a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Sayeg e Balera (2011, p. 54) defendem a adoção de um capitalismo por eles denominado humanista, no qual há de ser estabelecido um novo marco teórico, com um olhar especial para a fraternidade, que nos conduzirá com liberdade e igualdade para a democracia e a paz, assentado nos ensinamentos de Jesus Cristo.

Porém, conforme já mencionado em outra passagem, discordo dos autores mencionados, no que tange ao termo “humanista”, diante de toda a problemática demonstrada no capítulo 3 do presente trabalho, assim como, principalmente, pela fundamentação no direito natural teológico, cuja crítica foi apresentada no capítulo inaugural desta pesquisa.

Entretanto, é inegável que os autores têm razão quando mencionam a necessidade de proteção dos direitos fundamentais em seu aspecto multidimensional, de forma a garantir não apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão, relacionados à liberdade, mas também os direitos sociais, tidos como de segunda dimensão e, em uma terceira geração, a fraternidade, como dever jurídico.

Como já deixamos claro no item 5.3, não estamos a defender o abandono do capitalismo, com adoção de um já comprovadamente ineficiente socialismo, mas sim a substituição de um neoliberalismo, arraigado no capitalismo liberal, no qual não há intervenção estatal alguma, por um modelo que garanta a aplicação das normas constitucionais.

Que ninguém se engane: ao capitalismo dos proprietários, que não têm outro objetivo senão o lucro e produz o divórcio entre os trabalhadores, o Estado (assistencial) e a democracia, é negada a sua própria legitimidade. A utopia

neoliberal é uma forma de analfabetismo democrático. O mercado como tal não é portador de sua própria justificativa. Este sistema econômico só é viável em alternância com segurança material, direitos de bem-estar e democracia; em uma palavra, com o estado democrático. (Beck, 2007, p. 14).

É inevitável que o capitalismo, sobretudo no contexto do neoliberalismo, seja sujeito a restrições na aplicação da Análise Econômica do Direito, levando em consideração o desequilíbrio horizontal dos direitos humanos. É incontestável a necessidade de humanizar o capitalismo, transcendendo a versão neoliberal de sua natureza "ser", caracterizada por uma origem selvagem e desumana, em direção ao "dever ser", que busca a concretização multidimensional dos Direitos Humanos por meio da dignificação universal da pessoa humana.

A mencionada análise multidimensional é crucial, pois o capitalismo, desde sua origem, foi fundamentado apenas na chamada primeira dimensão dos direitos humanos, já discutida anteriormente, na qual o Estado deveria abster-se de praticar atos que violassem a liberdade individual, incluindo a liberdade associada à propriedade privada e à livre iniciativa.

A burguesia, como a classe que emergiu vitoriosa da Revolução Francesa, ao conceber um sistema baseado unicamente nessa primeira dimensão, buscou impor ao Estado uma legislação favorável aos seus interesses econômicos.

Entretanto, para alcançar o objetivo mais elevado, que é a efetivação da dignidade da pessoa humana, não basta garantir uma ou outra dimensão dos direitos humanos, pois esta emerge do equilíbrio entre as três dimensões: liberdade, igualdade e fraternidade, não apenas do ponto de vista de uma classe burguesa, mas de todos os membros da sociedade, sob risco de prejuízo até mesmo ao sistema democrático, conforme demonstrado no capítulo 4.

O modelo de capitalismo, construído predominantemente sobre a primeira geração de direitos humanos, representa uma afronta à dignidade da pessoa humana, considerada um valor universal e princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

É crucial que a liberdade esteja em consonância com as dimensões de igualdade e fraternidade, agindo em prol do bem de toda a humanidade, a fim de garantir sua legitimidade. Portanto, a economia deve ser solidária e inclusiva, ou seja, fraterna, promovendo os Direitos Humanos em todas as suas dimensões.

Seguindo a lei natural da fraternidade, o capitalismo, enquanto sistema econômico, não deve ser visto como sórdido ou selvagem, mas sim como um promotor do exercício do direito natural à propriedade, visando à concretização e efetivação dos Direitos Humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, estabelecendo assim uma economia humanista de mercado.

Dentro desse contexto, a proteção do consumidor deve ser analisada. Ao elevar a proteção do consumidor à condição de direito fundamental, o legislador constituinte demonstra sua preocupação com a parte mais vulnerável da relação jurídica, exigindo intervenção para preservar os direitos fundamentais. A verdadeira liberdade só será alcançada com a igualdade e a fraternidade.

Nesse sentido, a decisão proferida na ADI dos bancos, considerada um marco no sistema de defesa do consumidor, aplicou, por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção da parte mais fraca contra os excessos do capitalismo liberal, interferindo em relações privadas para garantir os direitos fundamentais e estabelecendo a tese de que as instituições bancárias e financeiras também devem limitar seus negócios pela proteção do consumidor.

É a livre iniciativa equilibrada com a proteção do consumidor e os princípios da justiça social. É o capitalismo humanista substituindo o capitalismo selvagem e predatório.

Neste cenário é que entra em cena a proteção contra o superendividamento.

A promulgação da lei 14.181, de 1º de julho de 2021, marca o desfecho de uma longa batalha que se estendeu por quase duas décadas. O endividamento emerge como uma característica proeminente em sociedades centradas no consumo, onde o crédito é amplamente disponibilizado aos consumidores para a aquisição de bens ou serviços que, de outra forma, não poderiam ser adquiridos de imediato.

O artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, em sua versão original, já estabelecia claramente os deveres dos fornecedores que concedem crédito ou financiamento ao consumidor. No entanto, com a proliferação das ofertas de crédito, tanto em estabelecimentos comerciais como por meios eletrônicos e a popularização de modalidades como o crédito consignado e a alienação fiduciária, as proteções previstas no artigo 52 tornaram-se inadequadas.

A ânsia dos consumidores por inclusão social através da aquisição de bens, aliada à falta de educação financeira, especialmente em países em desenvolvimento, e à concessão irresponsável de crédito sem uma análise adequada da capacidade financeira do consumidor, formam o cenário propício para o superendividamento.

O termo "superendividamento" refere-se à condição daquele que ultrapassou o estágio de simples endividamento, chegando a um ponto em que sua própria subsistência é ameaçada, já que todo o seu rendimento é consumido por dívidas e encargos relacionados.

O projeto que deu origem à lei 14.181/21 baseou-se em um estudo conduzido por Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Karen Danilevitz Bertoncello, sobre o perfil dos superendividados no Brasil. A nova legislação atualiza o Código de Defesa do Consumidor, com foco na prevenção do superendividamento e, quando necessário, na implementação de medidas de tratamento, incluindo a possibilidade de conciliação coletiva com todos os credores ou a elaboração de um plano de recuperação, semelhante ao já existente para pessoas jurídicas.

O CDC preparou a sociedade brasileira para o século XXI, mas este século trouxe a inclusão de novas massas de consumidores e novas tecnologias de contratação à distância e mais velozes, despersonalizadas ao extremo e ubíquas, daí a importância de reforçar as bases valorativas e éticas do CDC, explicitando ainda mais as funções da boa-fé e a função social dos contratos de consumo e de crédito, como forma de combater a exclusão social causada pelo superendividamento, pela falta de meios de tratamento global das dívidas do consumidor pessoa-física e da impossibilidade de acesso, assim como combater a discriminação de grupos ou pessoas com necessidades especiais, idosos, jovens, analfabetos, doentes e outros consumidores hipervulneráveis e o chamado assédio de consumo. (Benjamin, 2016, p. 11).

A promulgação da lei 14.181, de 1º de julho de 2021, é o desfecho de uma longa batalha que se estendeu por quase duas décadas. A busca pelo equilíbrio entre o interesse econômico, a autonomia privada contratual e a dignidade da pessoa humana encontra sua base na prevenção do superendividamento e no tratamento das situações dos consumidores superendividados, assegurando o pagamento com garantia do mínimo existencial.

A preocupação com a prevenção do superendividamento reflete-se na exigência de informações claras e adequadas por parte dos fornecedores, incluindo detalhes sobre os custos totais da operação, taxas de juros e encargos, prazo de validade das ofertas, entre outros aspectos. O legislador também proíbe práticas abusivas na

oferta de crédito, como a concessão sem análise prévia da situação financeira do consumidor.

Há também uma atenção especial aos consumidores mais vulneráveis, como os idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade agravada, garantindo-lhes proteção adicional. Além disso, são estabelecidas regras para contratos conexos e para situações de arrependimento, buscando assegurar uma abordagem equitativa e justa nas relações de consumo.

No que diz respeito ao tratamento do superendividado, a lei prevê dois importantes instrumentos legais: a repactuação e a revisão compulsória dos contratos.

A solicitação feita pelo consumidor superendividado resultará na designação de uma audiência de conciliação global, na qual todos os credores serão convocados. Durante essa audiência, o devedor apresentará uma proposta de plano de pagamento dos débitos, estabelecendo um prazo de 5 anos para sua quitação, sem prejudicar o mínimo necessário para sua subsistência.

Se houver conciliação, a sentença que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento, incluindo medidas para facilitar a quitação da dívida, como prazos estendidos e redução de encargos. Além disso, serão suspensas ou extintas as ações judiciais em curso, e será indicada a data para a exclusão do consumidor de bancos de dados de inadimplentes. Os efeitos do acordo estarão condicionados à abstenção de condutas que agravem a situação de superendividamento.

Caso algum credor ou seu representante legal não compareça injustificadamente à audiência de conciliação, haverá a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos de mora. O credor ausente será obrigado a aderir ao plano de pagamento da dívida, desde que o montante devido seja conhecido pelo consumidor e que o pagamento aos credores presentes seja priorizado.

O pedido de repactuação não resultará em insolvência civil, e um novo pedido só poderá ser feito após dois anos da liquidação do plano homologado, sem prejuízo de eventuais repactuações. Os órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor terão competência concorrente para realizar a repactuação em âmbito administrativo.

Se não houver acordo em relação a certos créditos durante a negociação global, o juiz, a pedido do consumidor, iniciará um processo por superendividamento para

revisar e integrar os contratos e repactuar as dívidas remanescentes por meio de um plano judicial compulsório. Esse plano garantirá que o credor receba pelo menos o valor principal devido, corrigido monetariamente, com a primeira parcela vencendo em até 180 dias, mantendo-se o prazo de 5 anos para a quitação completa.

Em que pese a inegável importância da positivação do valor de proteção do mínimo existencial e da dignidade humana, bem como do equilíbrio entre os interesses dos agentes de mercado e do consumidor, o texto normativo não se exaure em si.

Por exemplo, e se a situação do devedor for tamanha, que ele não possua condições de aceitar um plano de repactuação no prazo máximo de 5 anos? Restaria a impossibilidade de aplicação da lei exatamente para quem mais necessita dela?

Por tal razão, quando da realização da II Jornada de Pesquisa do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), evento presidido por Cláudia Lima Marques, mentora do projeto de lei, foram formuladas propostas de enunciados interpretativos da lei então recém-aprovada.

Dentre os enunciados aprovados ao final da jornada⁵, três deles foram propostos pelo autor deste trabalho, dentre os quais destaco o enunciado número 11:

Enunciado 11. Caso não seja possível formular plano para pagamento de todo o passivo do consumidor em até cinco anos, este prazo poder ser ampliado, seja por consenso das partes na conciliação, seja por determinação judicial, desde que tal medida se revele necessária à preservação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Autores: Prof. Dr. Ricardo Sayeg, Profa. Me. Mônica Di Stasi e Prof. Me. Luiz Felipe Rossini.

Merece destaque o fundamento do entendimento, enviado por este autor como justificativa para a propositura do enunciado:

Em situações excepcionais, nas quais o consumidor não apresente condições de realizar o pagamento no prazo de 5 anos sem garantia do mínimo existencial, poderá o magistrado, em decisão fundamentada, e garantido o contraditório, estabelecer um plano para pagamento em prazo superior, buscando sempre que tal prazo extrapole o mínimo necessário o prazo legal. Em assim não sendo, estariam excluídos dos benefícios da lei aqueles que se encontram em uma situação mais gravosa, em situações de verdadeiro “mega-superendividamento”, nas quais o sujeito mais necessita. Importante frisar que, via de regra, tais situações decorrem da concessão de crédito de maneira totalmente irresponsável, sem análise prévia, agravando a situação do devedor que já caminhava para o superendividamento. Impedir, em situações excepcionais, a fixação de prazo superior ao previsto em lei, seria beneficiar aquele que concedeu crédito a quem evidentemente não poderia pagar.

⁵ A íntegra dos enunciados pode ser obtida em <https://cdea.tche.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Enunciados-Aprovados-II-Jornada-de-Pesquisa-.pdf> Acesso em 30 de maio de 2024.

A dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial devem sobrepor-se ao prazo legal quando estritamente necessário.

Outro ponto que precisará de uma atuação do Poder Judiciário com vistas à proteção do consumidor conforme os ditames constitucionais, diz respeito à novação dos débitos objetos da repactuação.

Nos termos do artigo 360, I, do Código Civil, dá-se a novação quando o sujeito contrai com o credor uma nova dívida para extinguir e substituir a anterior.

Uma vez ocorrida a novação, a dívida originária é extinta, e a obrigação recai sobre uma nova dívida contraída, em substituição à primeira.

Na fase consensual, em se tratando de uma repactuação, a própria etimologia do termo remete à ideia de “novo pacto”, o qual substituirá o anterior, extinto.

Como consequência, em caso de inadimplemento, a execução dar-se-á de acordo com o pactuado nos termos do artigo 104-A do Código de Defesa do Consumidor, e não com base na contratação originária, o que colocaria o consumidor em uma situação de superendividamento ainda pior do que no momento em que ingressou com o pedido, em razão dos encargos incidentes no período e a cessação de qualquer desconto ajustado.

Há que se ressaltar que a novação exige a intenção inequívoca de novar (*animus novandi*), sem necessidade, entretanto, que tal intenção seja expressa, admitindo-se a modalidade tácita, conforme disposto no artigo 361 do Código Civil.

A substituição da dívida, por meio do instituto da novação é decorrência natural da própria finalidade da lei do superendividamento.

Na revisão e fixação de plano compulsório, a novação fica ainda mais evidente, pois a norma estabelece parâmetros para que o magistrado revise a obrigação, integrando todos os débitos apresentados, gerando um novo plano para pagamento, o qual, substitui as obrigações originárias, independentemente da vontade dos credores. Nesse caso, ainda que ausente a intenção e a vontade de novar por uma das partes, a extinção da dívida originária através da substituição pelo plano compulsório é medida necessária para a garantia da dignidade da pessoa humana e preservação do mínimo existencial.

Ora, se a obrigação é extinta, consequentemente, o processo que a tem por objeto, também será extinto, não havendo que se falar em suspensão, vez que, uma vez

extinta, a dívida não será restaurada, mesmo em caso de inadimplemento, devendo eventual execução ter por base o novo título formado (homologação do plano consensual ou plano compulsoriamente imposto).

Por tal razão, é que a menção à suspensão das ações em curso refere-se tão somente ao período de tramitação do processo, até a homologação do plano consensual ou fixação do plano compulsório, quando haverá então perda do objeto das ações que tratavam da dívida originária, agora extinta.

Ocorre que toda essa construção se faz necessária pela ambiguidade e porosidade do texto normativo.

O enunciado número 13, que tem como propositores Cláudia Lima Marques e Luiz Felipe Rossini, autor deste trabalho, aprovado na II Jornada de Pesquisa do CDEA, fornece essa diretriz interpretativa:

Enunciado 13. A sentença que homologar a repactuação consensual (art. 104-A, §3º), assim como o plano judicial compulsório (art. 104-B), implicam em novação da dívida. A menção à suspensão das ações judiciais em curso (art. 104-A, §4º, II) refere-se ao período compreendido entre a apresentação do plano e a sua homologação, após a qual haverá novação e consequente extinção de todas as ações em andamento. Autor: Prof. Me. Luiz Felipe Rossini e Profa. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques.

Em que pese a importância da diretriz, caberá ao Poder Judiciário sua efetivação no plano concreto.

Percebe-se, então, que se o valor, por si só, não garante a proteção dos direitos fundamentais da forma almejada, o texto normativo também se mostra insuficiente, cabendo precipuamente aos aplicadores do direito a efetivação.

Resumindo, em uma sociedade onde o consumo define a identidade do indivíduo através de marcas e grifes, e o acesso ao crédito é fácil, é crucial proteger o consumidor contra o superendividamento resultante de crédito irresponsável. A Constituição Federal demanda uma atenção especial do Estado e do legislador para proteger o consumidor, dada sua vulnerabilidade técnica, jurídica e informacional.

Com a redução da divisão entre público e privado e o reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas, é essencial adotar um ordenamento jurídico coeso, composto por microssistemas que se complementam, não conflitam, e promovem o diálogo entre suas fontes.

O caso emblemático da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, julgada em 2016, foi um marco ao submeter as relações envolvendo instituições financeiras ao direito consumerista, protegendo assim a parte mais fraca conforme a Constituição.

A lei 14.181/21 introduz importantes mecanismos para assegurar o mínimo existencial e a dignidade humana, proporcionando ao consumidor a proteção garantida pela Constituição. Isso representa um avanço para um capitalismo mais humano, onde se aplica o diálogo entre as fontes e se fortalece a eficácia dos direitos fundamentais em diferentes esferas.

A concessão responsável de crédito e a análise prévia do perfil do consumidor deixam de ser meras precauções e se tornam obrigações legais, fundamentadas na boa-fé, cooperação e transparência.

Além disso, busca-se promover uma cultura de pagamento, reintegrando indivíduos na economia ativa não através da prescrição de dívidas, mas sim mediante a quitação dos débitos. Isso impulsiona o comércio e a produção, sem comprometer a dignidade e o mínimo existencial do devedor, através de um plano de recuperação financeira que reúne e parcela as dívidas, com revisão de valores, se necessário.

A reintegração do superendividado na sociedade econômica é a devolução de sua dignidade subtraída, com clara vantagem também aos credores, que receberão créditos que não conseguiriam de outra forma. É o equilíbrio do interesse econômico e financeiro, com a dignidade da pessoa humana. É a vitória da dignidade sobre a exclusão. Mas ainda há muito a se fazer...

6.4 Sinais da proteção dos direitos fundamentais no sistema econômico na jurisprudência

A demonstrar a viabilidade da tese neste trabalho defendida, trazemos à tona alguns exemplos de direitos fundamentais que dependem ou dependeram de decisões judiciais para sua proteção, nas quais podemos enxergar a aplicação dos limites constitucionais do capitalismo, nos moldes impostos pelo humanismo democrático,

como abordado no tópico anterior, sendo insuficiente a invocação do direito natural ou mesmo da legislação vigente.

Inicialmente trazemos a polêmica questão envolvendo a natureza da relação jurídica existente entre motoristas de aplicativos e as respectivas plataformas digitais. Afinal, tal relação caracteriza ou não um vínculo empregatício?

A dinâmica laboral tem se transformado ao longo dos tempos. Na contemporaneidade, atravessamos um período de transição que, em alguns anos, estará completo devido às mudanças na natureza do trabalho, intimamente ligadas às inovações tecnológicas experimentadas nas últimas décadas.

Este avanço tecnológico possibilitou uma conexão instantânea global, permitindo que as pessoas se conectem umas com as outras a qualquer momento e em qualquer lugar com apenas um dispositivo. Diante desse recurso, o setor empresarial enxergou uma oportunidade de otimizar seus serviços, reduzindo simultaneamente o tempo e os custos envolvidos, visando alcançar maior eficiência.

Vivemos agora uma outra grande transformação, e um de seus aspectos mais visíveis é um fenômeno que é o exato oposto da condição que Polanyi supunha: a descorporificação daquele tipo de trabalho humano que serve como principal fonte de nutrição, ou campo de pastagem, para o capital contemporâneo. Instalações de vigilância e treinamento a la Panóptico, volumosas, confusas e desajeitadas, não são mais necessárias. O trabalho foi libertado do Panóptico, mas, o que é mais importante, o capital se livrou do peso e dos custos exorbitantes de mantê-lo; o capital ficou livre da tarefa que o prendia e o forçava ao enfrentamento direto com os agentes explorados em nome de sua reprodução e engrandecimento. (Bauman, 2021, p. 153/154).

Dessa maneira, começou a surgir uma variedade de aplicativos através de plataformas digitais em smartphones, onde alguns servem como um canal de comunicação entre o empregador e o trabalhador, fornecendo instruções e orientações sobre o serviço a ser realizado e onde. Isso resultou no surgimento de várias das empresas de crescimento mais rápido no mundo, como Uber, Rappi, Loggi, Ifood, entre outras.

O usuário do aplicativo seleciona suas preferências ou destino e a informação é rapidamente transmitida ao trabalhador, que inicia a prestação do serviço. Portanto, o aplicativo atua como uma ferramenta de conexão entre o empresário, o cliente e o prestador de serviços.

Nesse contexto, Tom Slee, ao referir-se a essa nova realidade como "economia de compartilhamento", observa que: “(...) promete ajudar prioritariamente indivíduos

vulneráveis a tomar controle de suas vidas tornando-os microempresários. Podemos nos autogerenciar, entrando e saindo deste novo modelo flexível de trabalho (...)" (Slee, 2019, p. 14).

Frente a esta inovação tecnológica que está revolucionando as interações globais, observa-se um paradigma distinto desprovido de regulação e garantias trabalhistas, onde os empreendedores argumentam que essa dinâmica é independente e os que dependem dela para subsistência são, na realidade, profissionais autônomos, logo, não existe um contrato de trabalho. A justificativa para essa postura reside na ausência de um arcabouço legal específico para tal interação, deixando, portanto, o trabalhador em uma posição vulnerável.

Ora, mas será que as normas previstas em âmbito constitucional, assim como as leis trabalhistas não são suficientes para proteção.

O grande problema está, naquilo que apontamos no capítulo 2 do presente trabalho, que é o problema da diversidade de interpretações do texto legal.

A verdade é que "a economia do compartilhamento está propagando um livre mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas" (Slee, 2019, p. 14).

Devido às severas crises econômicas e ao aumento dos índices de pobreza no Brasil, a disparidade social se intensifica. Muitos indivíduos em situação precária buscam oportunidades de trabalho, porém, devido ao crescimento contínuo do desemprego, essa busca se torna desafiadora, conforme trabalhamos no capítulo 4.

Nesse contexto, surgem empresas de plataformas oferecendo oportunidades de prestação de serviços em troca de remuneração, mas sem estabelecer uma relação formal de emprego. Como resultado, a adesão a essas condições é evidente, uma vez que essas pessoas dependem dessa renda para suprir suas necessidades básicas em meio à precariedade. Assim, uma parcela da sociedade pode se tornar refém de empregos instáveis, com exclusão de parcela da população do crescimento global, o crescimento das democracias iliberais ao redor do mundo e a utilização do termo "brasileirização" para referir-se ao crescimento da precariedade dos trabalhos ao redor do mundo, conforme também já abordado.

Vale ressaltar que as empresas que utilizam esses aplicativos como parte integrante de seus serviços são financeiramente robustas e detêm considerável

influência na sociedade, o que lhes confere recursos para enfrentar disputas judiciais. Assim, a voz dos prestadores de serviço se encontra em desvantagem em comparação com as transnacionais, estudadas no capítulo 4, e tidas como as grandes protagonistas do cenário da globalização.

A jurisprudência tem se mostrado bastante divergente quanto à questão.

Em alguns casos, tem reconhecido vínculo de emprego entre a Uber e os motoristas. Por exemplo, a 8^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em um acórdão publicado em fevereiro de 2023⁶, considerou que a relação entre a Uber e um motorista é de subordinação clássica, pois o motorista não tem controle sobre o preço da corrida, o percentual de repasse, a apresentação e a forma de prestação do trabalho.

Alguns trechos do acórdão merecem destaque:

Hoje, o trabalho é comumente realizado num ambiente descentralizado, automatizado, informatizado, globalizado e cada vez mais flexível, trazendo para o ambiente empresarial novos modelos de negócios e, consequentemente, novas formas e modos de prestação de serviços e de relacionamento. Em tal contexto, conceitos que balizam a relação de emprego demandam uma necessária releitura, à luz das novas perspectivas de direção laboral, controle da atividade econômica ou meios produtivos e caracterização do tipo de vínculo de trabalho.

A necessária releitura, mencionada no trecho em destaque, deve ser feita pelo Poder Judiciário no exercício de suas atribuições.

Não se trata de um ativismo desmedido, mas tão somente de uma interpretação que sempre se faz necessária do texto, conforme trabalhamos de forma aprofundada no capítulo 2, com o fim de aproximar a norma concreta do texto normativo, em que pese as décadas que o separam do ponto de vista temporal.

No capítulo 7, trataremos dos instrumentos e diretrizes que devem guiar essa decisão.

Em outra passagem do voto, é afastada a alegação de que o prestador seria uma empresa de tecnologia, e não de transporte, o que poderia descharacterizar a subordinação como requisito essencial ao contrato de emprego.

A atividade dessa empresa é, exclusivamente, propiciar o transporte, cujo aplicativo tecnológico de que se serve é o meio de conexão entre ela, o motorista “parceiro” e o usuário para efetivá-lo. É, enfim, uma transportadora que utiliza veículos de motoristas contratados para realizar o transporte de passageiros. Considerar a UBER (que no país de onde se origina é

⁶ RRAg 100853-94.2019.5.01.0067; Rel. Min. Algra Belmonte; p. 03 de fevereiro de 2023.

classificada como empresa de transporte por aplicativo e que inicialmente se autodenominava UBERTAXI) como empresa de tecnologia ou de aplicativo, uma vez que não produz nenhum dos dois, corresponderia a fazer do quadrado redondo e isentá-la de qualquer responsabilidade no trânsito quanto à sua efetiva atividade, o transporte que organiza e oferece, e para o qual o motorista é apenas o longa manus ou prestador contratado. Se fosse apenas uma plataforma digital não estipularia preço de corridas; não receberia valores e os repassaria aos motoristas; não classificaria o tipo de transporte fornecido e o preço correspondente; não estabeleceria padrões; não receberia reclamações sobre os motoristas e não os pontuaria.

A precariedade do trabalho acaba por expor o trabalhador a jornadas extenuantes de trabalho, com incerteza quanto a seus ganhos, além de sujeitá-lo a riscos relativos à própria atividade, como o de se envolver em acidentes de trânsito.

De um lado da balança, uma empresa transnacional, que afere lucros estratosféricos ao redor do mundo; de outro, um trabalhador que busca o reconhecimento de seus direitos mais básicos.

O voto proferido faz menção a uma nova forma de controle do trabalhador, que se encaixa no conceito de subordinação já previsto no texto normativo:

Tem-se por outro lado que o conceito de subordinação é novamente colocado em confronto com a atual realidade das relações de trabalho, assim como ocorreu no desenvolvimento das teorias subjetiva, objetiva e estrutural. Surge assim a chamada “subordinação jurídica algorítmica”, que, conforme a compreensão da Corte Regional, que aqui se reproduz, dá-se pela codificação do “comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neofordista”. Nessa toada, os algoritmos atuariam como verdadeiros “supervisores”, de forma que os requisitos que caracterizam o vínculo empregatício não mais comportariam a análise da forma tradicional. Mas é lógico que subordinação algorítmica é licença poética. O trabalhador não estabelece relações de trabalho com fórmulas matemáticas ou mecanismos empresariais utilizados na prestação do trabalho e sim com pessoas físicas ou jurídicas detentoras dos meios produtivos e que podem ou não se servir de algoritmos no controle da prestação de serviços. Atenta a esse aspecto, em adequação às novas conformações do mercado, há mais de 10 (dez) anos a CLT estabelece, no parágrafo único do art. 6º, com redação dada pela Lei 12.551/11, que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Assim, o fato do trabalhador não ter horário de trabalho consta da CLT em relação ao teletrabalhador empregado, exatamente quando produção.

Mencionada decisão ainda ressalta que países como Suíça, França, Inglaterra e algumas cidades dos Estados Unidos, têm firmado o mesmo entendimento, no sentido de reconhecer o vínculo empregatício.

Decisão importante acerca do tema na Europa foi proferida na Alemanha, no ano de 2020.

O primeiro ponto a se destacar sobre a sistemática juslaboral alemã se refere à normativa que serviu de fundamentação legal central para a decisão em questão. Trata-se do §611a do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil alemão), artigo que foi introduzido no ordenamento jurídico daquele país apenas em abril de 2017. Esse artigo disciplina o contrato de trabalho como um contrato específico, que possui características próprias, como a existência de uma determinação externa acerca das instruções a serem seguidas pelo trabalhador, bem como a presença de dependência pessoal. (Coelho, 2021, p. 156).

A decisão em questão foi proferida no âmbito de tribunal de uniformização das decisões judiciais. Trata-se da decisão 9 AZR 102/20 do *Bundesarbeitsgericht*:

Em resumo, o tribunal considerou que a plataforma determinava as condições de realização do trabalho, incluindo o prazo e o local para ser cumprida a tarefa. Considerou também o aspecto central da relação de dependência pessoal entre trabalhador e plataforma. Além disso, tem-se o fato de que todos os passos da atividade eram indicados e controlados pela ré, cujo sistema de pontuação configuraria mais um fator a minar a autonomia na prestação dos serviços. Não se tratava, portanto, de mera indicação factual sobre a forma de realização da tarefa, como ocorreria em uma relação privada não empregatícia. O Senat ponderou, ainda, que o trabalho era exercido com pessoalidade, já que a conta do trabalhador era intransferível (BUNDESARBEITSGERICHT, 2020b). (Coelho, 2021, p. 160).

Porém, a questão está longe de ser pacífica na União Europeia, e a própria Alemanha, assim como a França foram contrárias a primeira proposta de acordo para regulamentação em âmbito regional. Em março de 2024, finalmente houve um acordo, e a matéria foi remetida ao Parlamento. De acordo com o texto final, deverá haver uma proteção mínima aos trabalhadores, porém ainda caberá a cada Estado estabelecer os requisitos para que a relação seja considerada de emprego, e não de trabalhador autônomo.

Voltando ao sistema pátrio, outra decisão que ganhou repercussão nacional foi proferida Ação Civil Pública 1001379-33.2021.5.02.0004, proposta pelo Ministério Público do Trabalho, e atualmente em grau de recurso.

Nela, o juiz Maurício Pereira Simões determinou que a plataforma Uber procedesse ao registro, como empregados, de todos os trabalhadores ativos, na fração de 1/6 por mês, de forma que ao cabo de 6 meses todos estejam devidamente registrados.

Além disso, condenou a plataforma ao pagamento de indenização pelos danos morais causados, no importe de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

A decisão ressalta que a tecnologia, e a utilização da plataforma como meio de contratação, não descharacteriza a natureza do serviço prestado:

O filme não deixa de ser filme por ser assistido no Netflix e não no cinema, hospedagem não deixa de ser hospedagem por ser reservada no Airbnb e não

em hotéis, transporte não deixa de ser transporte - notadamente quando a Ré controla as duas pontas da comunicação, quem requer e quem transporta, cobra e recebe pelo serviço, e vive basicamente dessa arrecadação - por ser feito pela Uber e não pelo taxista. Se não houver mobilidade em razão de não haver passageiro ou motorista, a atividade da Ré não se realiza, assim, a tecnologia é o meio, o transporte é o fim.

Da mesma forma que a decisão anteriormente mencionada, novamente é reconhecida a subordinação algorítmica.

Infelizmente, o tema está muito distante de ser pacificado, havendo, aproximadamente em mesma quantidade, decisões negando o reconhecimento do vínculo.⁷

Tamanha é a controvérsia, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em março de 2024, a existência de repercussão geral no tema, ainda pendente de julgamento (Tema 1291, leading case 1446336).

O que se espera é que a decisão seja proferida a partir das consequências que serão advindas da mesma, conforme trataremos na análise do consequencialismo no próximo capítulo. Quais os efeitos sociais caso seja reconhecida a natureza empregatícia? E se não o for?

Eventual entendimento de que não há vínculo empregatício entre os motoristas e as empresas de plataforma terá impactos sociais significativos, especialmente para os trabalhadores autônomos mais vulneráveis.

Além de procurarem aumentar seu capital e contratar mão de obra a baixo custo para manter os preços competitivos, as empresas buscam soluções legais que sirvam a esses objetivos. Uma delas é assegurar a ausência desse vínculo jurídico, evitando assim despesas adicionais que comprometeriam sua capacidade de manter os preços baixos. Conforme vimos no capítulo 4, há uma procura, por parte das grandes empresas transnacionais, por países que permitam uma flexibilização das normas trabalhistas, tributárias e ambientais, o que por certo maximiza os ganhos daquela.

Devido à estrutura sofisticada implementada por essas empresas e à falta de regulamentação legal específica, o cenário é propício para que elas explorem a liberdade e até persuadam sobre a ausência de um vínculo empregatício. A influência é tão significativa que uma parcela do sistema judicial concorda com a inexistência dessa

⁷ Podemos mencionar, a título de exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no processo AIRR-1092-82.2021.5.12.0045.

relação trabalhista, ao mesmo tempo em que conseguem estabelecer uma hierarquia entre motorista e empresa.

Esse modelo “está criando uma nova forma de fiscalização, em que os prestadores de serviços devem viver com medo de ser deletados pelos clientes” (Slee, 2019, p. 14).

Como vimos no capítulo 4, o poder dessas grandes empresas transnacionais acaba relativizando a soberania estatal, não mais regida pelos limites geográficos.

A segunda e a ambição disruptiva e planetária de companhias que têm bilhões de dólares para gastar desafiando leis democráticas ao redor do mundo, comprando competidores na busca por ganhar escala, e (no caso da Uber) pesquisando novas tecnologias com o intuito de tornar obsoleto a força dessas leis (Slee, 2019, p. 14).

Isso acaba por levar trabalhadores autônomos a ultrapassarem os limites estabelecidos pela CLT, trabalhando até o limite de suas capacidades físicas. Essa situação vai de encontro à dignidade da pessoa humana, visando unicamente o aumento dos lucros.

Por seu turno, as empresas de plataforma conseguiram crescer dentro de um cenário que elas mesmas criaram, utilizando estratégias agressivas para expandir, aproveitando-se da inércia dos governos e da falta de recursos dos órgãos públicos. Isso resultou na emergência de um novo tipo de emprego precário.

Nesse contexto, observamos um retrocesso nos direitos trabalhistas conquistados ao longo da história da humanidade, devido ao capitalismo desenfreado que prioriza a busca incessante pela riqueza. É importante ressaltar que, inicialmente, as empresas, como a Uber, promoviam uma imagem de parceria entre os envolvidos.

A economia do compartilhamento promete ajudar prioritariamente indivíduos vulneráveis a tomar controle de suas vidas tornando-os microempresários. Podemos nos autogerenciar, entrando e saindo deste novo modelo flexível de trabalho, mostrando nosso negócio na internet. (...) A economia do compartilhamento está invocando esses ideais para construir gigantescas fortunas privadas, erodir comunidades reais, encorajar mais formas de consumismo e criar um futuro mais precário e desigual do que nunca (Slee, 2019, p. 16/17).

Consequentemente, o principal efeito negativo para os motoristas classificados como autônomos é a perda dos direitos trabalhistas devido à estrutura inovadora das atividades empresariais estabelecidas pelas companhias. Embora tenham promovido a ilusão de oferecer uma oportunidade de empreendedorismo, na prática estão gerando

uma vasta quantidade de empregos precários, sem benefícios e à mercê das gigantes corporativas.

O segundo efeito adverso diz respeito à segurança dos motoristas, devido ao aumento significativo de crimes nos últimos anos, como roubos, agressões e até mesmo homicídios. Infelizmente, as empresas não fornecem suporte adequado para garantir essa segurança. Em muitos casos, criminosos solicitam serviços de transporte através de aplicativos como a Uber, surpreendendo os motoristas com ações criminosas ao chegarem ao local. De maneira geral, os motoristas trabalham sem respaldo, sem seguro e constantemente expostos a riscos à vida, em benefício das empresas, sem que estas tenham qualquer obrigação de implementar medidas para proteger os trabalhadores autônomos.

Por último, podemos citar a vulnerabilidade dos motoristas em razão do incentivo na retirada de empréstimos de risco para compra de carros ou motos.

O trabalhador que financia um veículo com o intuito de poder trabalhar com a plataforma, fica dependente do rendimento para o pagamento do próprio financiamento, o que gera uma pressão psicológica para os autônomos realizarem longas jornadas de trabalho, sem qualquer limite ou proteção, com o intuito de conseguir realizar o pagamento da parcela. Consequentemente, qualquer ameaça de desligamento da plataforma é aterrorizante, assim, não há respeito com a saúde mental dos motoristas.

Soma-se a isso o risco de superendividamento, como um fator de degradação da dignidade da pessoa humana, como abordado no item 6.3.

Em suma, esses efeitos da nova relação de trabalho desvalorizam a relação daqueles que fazem o aplicativo funcionar. No entanto, aqueles que detém o controle das plataformas não pretendem desembolsar para diminuir esses impactos sociais, em razão do capitalismo selvagem.

Além disso, as empresas que assumem as responsabilidades trabalhistas perdem espaço no mercado por não conseguirem competir com o baixo preço dos produtos das companhias das plataformas.

Por outro lado, no caso do reconhecimento da relação empregatícia, é possível que a empresa diminua o ritmo de sua atuação e investimento no Brasil, o que por sua vez pode acarretar num prejuízo aos mesmos trabalhadores que hoje têm o trabalho,

ainda que precário, como sua única fonte de renda. Mas, ao mesmo tempo, poderia ser estimulado o mercado interno de empresas de transporte, e até mesmo dos táxis.

O que deve preponderar? Não é possível formar um juízo de convicção sem que se tenha como ponto de partida a análise das consequências de qualquer uma das decisões.

Para finalizarmos o assunto, ressaltamos que foi enviado ao Congresso, pelo Poder Executivo, projeto de lei complementar para regulamentação da situação dos motoristas perante as plataformas de aplicativo.

O projeto de lei complementar 12/2024 prevê uma jornada máxima de trabalho, fixa pagamento mínimo por hora (com ajuste anual de acordo com o salário-mínimo), estabelece a inclusão obrigatória na Previdência Social, limita a possibilidade de exclusão de motoristas da plataforma e consolida os acordos ou convenções coletivas como principal instrumento de negociação entre plataformas e motoristas. A regulamentação não atingirá os entregadores que utilizam bicicletas e motocicletas.

Outra questão que por muitos anos dividiu doutrina e jurisprudência, acerca da possibilidade ou não de usucapião de área integrante de loteamentos fáticos não regularizados junto ao registro imobiliário.

Com vistas à uniformização da jurisprudência, o Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal propôs Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), tendo em vista centenas de ações de usucapião ajuizadas por moradores do Setor Tradicional de Planaltina-DF, as quais nem sempre recebiam a mesma solução, conforme o entendimento de um juízo ou outro.

Tais imóveis, situados em área particular, não possuem matrícula individualizada, tendo ocorrido o loteamento apenas de fato, há décadas.

Contra a possibilidade de usucapião, o Ministério Público, e o próprio Distrito Federal, argumentavam que a declaração de usucapião, com individualização das áreas, implicaria em usurpação da atividade administrativa no que diz respeito à regularização urbanística.

Entretanto, o entendimento do magistrado baseou-se no fato de ser a usucapião modo originário de aquisição de propriedade, ou seja, sem relação com a propriedade anterior, tratando-se de um direito novo, sem lastro, de forma que a não regularização

do loteamento não seria impeditivo para o reconhecimento do exercício da posse *ad usucaptionem* e a consequente aquisição da propriedade. “O reconhecimento da prescrição aquisitiva constituiria, nesses termos, um pressuposto do registro imobiliário, e não o contrário”.

Transcrevo a ementa do acórdão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. MÉRITO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEIS PARTICULARES SITUADOS NO SETOR TRADICIONAL DE PLANALTINA/DF. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

1. Diante da necessidade de se promover a unificação do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, quanto ao cabimento de Ação de Usucapião para o reconhecimento de domínio sobre os imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, em razão da grande quantidade de demandas envolvendo o tema, bem como para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica, impõe-se estabelecer a tese jurídica a seguir disposta.
2. É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.
3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas provido.

Entretanto, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs recurso especial e a questão foi submetida então ao Superior Tribunal de Justiça, sendo o recurso afetado ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, com suspensão dos processos pendentes sobre o mesmo tema.

E os limites constitucionais do capitalismo serviram de fundamento para o voto do Relator, Min. Moura Ribeiro, que assegurou a preservação da dignidade das famílias possuidoras, concedendo-lhes direito de propriedade após tantos anos de angústia e insegurança, em decisão com efeito vinculante, conforme a sistemática dos recursos repetitivos.

Foram afastadas as alegações do Ministério Público de que a ausência de matrículas individualizadas, ou mesmo autorização para o loteamento seriam impeditivos ao reconhecimento da aquisição por usucapião.

Nesse ponto, merece transcrição trecho do Acórdão:

Imagine-se, por exemplo, a situação nada incomum em que parte de uma fazenda é ocupada por lavradores com *animus domni* pelo tempo necessário ao reconhecimento da prescrição aquisitiva, ali exercendo notórios atos de posse de boa fé. Impossível afirmar, nessas situações, que a ausência de matrícula própria para as áreas ocupadas constitui obstáculo ao

reconhecimento da usucapião. Basta, para tanto, que se faça o desmembramento da matrícula original, a fim de que a área usucapida possa contar com uma cadeia dominial própria.

Precisa nesse ponto a lição de Alberto Gentil de Almeida Pedroso e Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho (2019, n.p.):

Muito embora determine a Lei de Registros Públicos (art. 167, I, 28) que se faça o registro da usucapião, o ato a ser praticado, em verdade, é a abertura de nova matrícula (e não simples registro na matrícula anterior). E assim acontece porque, reprise-se, estamos diante de modalidade originária de usucapião, que quebra a continuidade registral e não permite que deixe qualquer rastro anterior.

Invocou ainda o Ministro o artigo 216-A, §6º, da lei 6.015/73, que permite ao oficial de registro de imóveis a abertura de nova matrícula, se necessário, assim como o artigo 237-A da mesma lei, que trata de novas matrículas oriundas do parcelamento do solo.

Como bem destacou o relator, os artigos 1.238 e 1.241 do Código Civil destacam que a sentença de usucapião servirá de título para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, deixando claro que “a possibilidade de registro é um atributo, um efeito da sentença declaratória, e não uma condição para o reconhecimento do direito material de propriedade ou para o exercício do direito subjetivo de Ação”. Não se pode confundir o direito de propriedade com o registro da propriedade.

O voto ainda menciona trecho de lavra de José Renato Nalini (2011, p. 167):

A propósito da questão da regularização fundiária, JOSÉ RENATO NALINI esclarece que ela compreende três dimensões: (a) a dimensão urbanística, relacionada aos investimentos necessários para melhoria das condições de vida da população; (b) a dimensão jurídica, que diz respeito aos instrumentos que possibilitam a aquisição da propriedade nas áreas privadas e o reconhecimento da posse nas áreas públicas; e (c) a dimensão registrária, com o lançamento nas respectivas matrículas da aquisição destes direitos, a fim de atribuir eficácia para todos os efeitos da vida civil.

Assim, não se deve confundir a dimensão registrária com a dimensão jurídica, que trata da aquisição. Propriedade não é o mesmo que registro da propriedade.

Se o imóvel é assistido por vias públicas, se conta com sistemas de água e esgoto, se foi edificado com respeito aos recuos e gabarito previsto nas posturas municipais, nada disso é capaz de criar ou suprimir o direito de propriedade ou os reflexos desse direito no registro imobiliário. Da mesma maneira se o imóvel é utilizado de forma irregular, com desrespeito à sua função social e urbanística, isso tampouco é suficiente para interferir com o direito de propriedade.

Não cabe ainda a alegação de que a ocupação irregular fere o interesse público, pois conforme mencionado no voto, o interesse público é muito mais ferido pela inércia do Estado em providenciar a regularização em todas essas décadas.

A decisão ora analisada também vai ao encontro do decidido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (Tema 985) no que diz respeito à possibilidade de usucapião de áreas inferiores ao módulo urbano previsto em lei municipal.

A decisão, enfim, é uma vitória da função social, da dignidade da pessoa humana, do humanismo democrático, da justiça, dos mais necessitados.

O mesmo Ministro já havia sido indicado, no ano de 2020, ao Prêmio Nobel da Paz, em razão de outra decisão judicial em que podemos visualizar o humanismo democrático aplicado ao capitalismo.

Na ocasião, um casal estava adquirindo um imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, porém não conseguiram arcar com o pagamento das prestações pelo fato de precisarem destinar os seus recursos financeiros ao tratamento médico do filho, diagnosticado com leucemia aos 13 anos (o qual veio inclusive a falecer posteriormente).

A instituição financeira pretendia a execução da garantia hipotecária, com a retomada do imóvel.

Em seu voto, o Ministro não reconheceu a mora, diante da ausência de culpa, e, consequentemente, afastou a obrigatoriedade do pagamento de juros e multa, desde que o casal retomasse o pagamento do financiamento, evitando a perda do imóvel.

Em que pese a decisão tenha sido fundamentada no conceito de capitalismo humanista que outrora criticamos, por ser baseado no direito natural e no amor de Jesus Cristo, aproximando direito e religião, por certo os Ministros a proferiram se valendo do critério consequencialista, pois leva em conta as drásticas consequências que recairiam sobre esta família.

Por certo, esses são apenas alguns exemplos que servem para demonstrar a importância da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais na sua qualidade de intérprete e aplicador do texto normativo, e gerador da norma concreta, possibilitando a aproximação entre a norma e o texto.

De nada adiantaria a invocação do direito natural, sem coercibilidade e de conteúdo indeterminado, ou mesmo de um texto normativo sujeito a interpretações

distintas, se o Poder Judiciário não cumprir o seu papel de garantidor da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, esse poder não pode ser confundido, em hipótese alguma, com prevalência de um dos Poderes constituídos sobre os demais, e nem mesmo ensejar o tão combatido ativismo judicial, com exercício da função legislativa pelos tribunais.

Para tanto, devemos ao mesmo tempo em que enunciamos os instrumentos que o judiciário já tem para o exercício de seu papel, delimitar quais são os limites dessa atuação, além de apresentar modificações necessárias no nosso sistema.

É isso que faremos nos capítulos derradeiros.

7 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO, O NOSSO GPS

7.1 Análise prévia dos pontos de chegada antes de decidir o caminho

O termo “consequencialismo” gera inúmeros debates doutrinários acerca do seu significado, bem como sobre a sua utilização como remédio que curará as mazelas da nossa justiça, ou como o próprio mal, gerador do ativismo judicial e da arbitrariedade. Ficamos com a primeira posição.

O conceito de consequencialismo admite mais de uma vertente. Em doutrina, ele integra uma das espécies de argumentação jurídica. Na sociedade complexa e de risco em que a humanidade está imersa, o juiz não pode perder de vista qual será o impacto de sua decisão na vida real. (Nalini, 2019, p. 30).

A teoria consequencialista, derivada do utilitarismo, emerge com o propósito de reduzir o sofrimento e promover o bem-estar, centrando-se nos resultados e nas repercussões potenciais para propagar o bem. Isso evidencia um viés idealista na filosofia e no direito, destacando a influência significativa do idealismo nessas áreas.

Em que pese o utilitarismo, objeto de análise no capítulo 5, esteja na raiz do consequencialismo, havemos de destacar que não entendemos que a aplicação deve se dar de acordo com o máximo de felicidade para o número maior de pessoas, como um cálculo matemático, mas sempre com vistas à proteção dos direitos fundamentais, em especial dos vulneráveis, do ponto de vista econômico e social, que mais necessitam.

Confirmado crítica já feita no item 5.2, também não estamos a defender a sanção interna daquele que age em desacordo com o bem de outrem. A coercibilidade é elemento essencial para a efetividade.

O consequencialismo se fortalece no plano da argumentação jurídica quando sinaliza no sentido da proteção dos direitos fundamentais e, entre estes, do mínimo existencial, que constitui o conteúdo essencial irredutível e intangível da dignidade humana. O consequencialismo apoiado em argumentos insuscetíveis de universalização não se sustenta. (Torres, 2010, p. 440).

Na ótica jurídica, a teoria consequencialista almeja harmonizar a norma com a realidade, abandonando o plano abstrato das leis para adentrar no terreno concreto dos fatos, onde cada situação é única, diminuindo ao máximo o distanciamento entre o texto e a norma aplicada, problema que levantamos no item 2.3. Nesse contexto, o julgador,

mais do que simplesmente aplicar a lei ao caso específico, deve buscar a melhor decisão possível dentro do contexto legal. Surge então a questão: ao aplicar a norma, estaria o juiz criando uma nova norma? Se considerarmos que sim, tendo em vista que antes da aplicação o texto é tão somente um conjunto de elementos significantes, que receberão o significado quando de sua aplicação, então a análise das consequências deve ser uma consideração essencial também no judiciário.

Isso ocorre porque, ao interpretar e aplicar a norma, o juiz recorre à hermenêutica, ou seja, à habilidade de interpretar. Cada interpretação da norma, influenciada pelo contexto e pela história do intérprete, demanda uma análise das consequências. Portanto, toda decisão judicial deve incluir uma avaliação consequencialista embasada nos dispositivos legais e em uma visão abrangente do caso.

Além disso, a teoria da argumentação jurídica se conecta ao consequencialismo, exigindo que o juiz desenvolva argumentos para resolver conflitos e escolher a melhor solução, considerando o contexto econômico e social e fazendo uma análise jurídica da decisão. O juiz deve levar em conta o ambiente dos envolvidos na Ação e as circunstâncias que os cercam.

A essência da corrente consiste na adaptação da decisão judicial às suas consequências, conforme bem definido por Sen (2010, p. 86), ao destacar a relevância de ponderar os desdobramentos das normas sociais no momento de julgá-las.

Nessa mesma linha, Ávila (2016, p. 34) argumenta:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação: é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Podemos nos valer, a título de exemplo, de todos os casos trabalhados no item 6.4, para análise das consequências de cada decisão em cada um dos feitos.

Quais as consequências sociais para o caso de não reconhecimento do vínculo dos motoristas de aplicativos? E no caso de reconhecimento, quais os efeitos decorrentes da diminuição do lucro da transnacional e de um possível desinteresse na continuidade de suas atividades?

E se não reconhecida a possibilidade de usucapião sobre lotes não regularizados? Permaneceriam todas as famílias, algumas que já vivem há décadas na região inclusive, na informalidade? Sob o ponto de vista da administração municipal, também não há um interesse na regularização? As consequências da decisão parecem afetar a todos, ainda que indiretamente.

Por fim, no caso do financiamento do imóvel, quais as consequências advindas de uma eventual retomada do bem, deixando uma família, que já perdeu um de seus filhos para uma grave enfermidade, sem o mínimo existencial? Por outro lado, desconsiderar a mora seria um incentivo ao inadimplemento? E se outras pessoas, a partir da decisão, também deixassem de arcar com suas obrigações?

Importante destacar que o consequencialismo se afasta das teorias utilitaristas, pois, como já dito no capítulo 5, o Poder Judiciário exerce muitas vezes um papel contra majoritário, ou seja, age em desconformidade com o anseio da maioria dos indivíduos da sociedade, especificamente quando visa proteger os interesses e direitos fundamentais de uma minoria. Deve sempre se buscar o bem maior a ser protegido e um cálculo de felicidade geral com subtração da dor.

Por certo, em todas as histórias, a decisão passa pela análise das consequências que dela advirão.

A segurança deriva do consequencialismo e do conhecimento. O consequencialismo passa a ser cada vez mais relevante para o juiz. Há um preceito do código de ética destinado a prestigiá-lo: “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”. A justiça foi chamada a um protagonismo ímpar neste início de século. Todas as questões - sejam elas políticas, familiares, sociais, econômicas, culturais, históricas, psicológicas -, seja o que for, chegam aos tribunais. O juiz precisa ter consciência de que a sua decisão repercutirá no meio social e ele necessita ter noção precisa dessas consequências. Por isso é que a sensibilidade para avaliar as consequências da decisão, o conhecimento da realidade e o amor ao estudo constituem algumas das faces do compromisso ético do juiz brasileiro. (Nalini, 2012, p. 564/565).

Ou seja, a análise dos efeitos da decisão no momento de proferi-la não é uma opção, mas uma conduta pautada pelo próprio Código de Ética da Magistratura desde 2008.

Como se já não bastasse, a lei 13.655/18 inseriu, 10 anos depois do Código de Ética, o consequencialismo na lei de introdução às normas do direito brasileiro.

Nos termos do artigo 20 da Lei de introdução às normas de direito brasileiro, inserido pela Lei 13.655/2018, as decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora e judicial, não devem ter como fundamento valores meramente abstratos sem que sejam consideradas as consequências da decisão.

Assim, o legislador determina que, quando decisões são tomadas, invariavelmente as consequências decorrentes dessas decisões devem ser previamente consideradas, e somente poderemos afirmar que decisões são tidas como boas ou ruins conforme as consequências advindas.

Tomemos como exemplo um físico que trabalhou nos primeiros procedimentos de fusão nuclear. Se de antemão fosse de conhecimento que ele trabalhava em experimentos para a construção de uma bomba nuclear, tal procedimento seria reprovável, ao passo em que se o objetivo fosse a descoberta de um tratamento para uma doença ainda sem cura, haveria o apoio de toda a sociedade.

Podemos pensar também no exemplo de um hipotético país em desenvolvimento que possui um Poder Legislativo extremamente corrompido, que atua em prol dos interesses dos próprios congressistas, que exigem propina de grandes interessados para que votem pela aprovação ou não dos projetos submetidos à apreciação, ou que atue no interesse das empresas transnacionais para flexibilização de normas fundamentais, em especial de natureza trabalhista e ambiental, conforme estudado no capítulo 4.

Evidente que tal conduta mostra-se ilegal, imoral e repugnante. Mas, se eventualmente, alguns parlamentares fossem subornados para que se obtivesse a aprovação de um projeto voltado à educação, que traria grandes benefícios ao sistema educacional, inclusive em termos de investimento, será que tal suborno seria tão reprovável quanto o lobby feito por grandes empresas de um determinado setor para obter uma legislação tributária mais favorável às mesmas em detrimento do interesse da coletividade?

O consequencialismo opõe-se à subsunção tradicional defendida e utilizada pela Escola da Exegese, estudada no capítulo 2, segundo a qual o aplicador, partindo da norma como uma premissa maior, e aplicando-a a um fato concreto (premissa menor), chegaria invariavelmente a uma única decisão que poderia ser tida como correta.

Nesse ponto, aproxima-se do conceito de abdução, que mais do que a preocupação de estabelecer uma verdade, busca retirar conclusões a partir de relações de causas e consequências.

Evidente que não estamos a defender a desconsideração de valores ou mesmo do texto normativo, mas sim uma persuasão do juiz através da retórica, do embate entre a solução deontológica e a decisão consequencialista, procurando instrumentos de validação de sua decisão que, num primeiro momento, surgiu a partir da análise das consequências no caso concreto.

Defendemos, dessa forma, uma mudança de sentido na construção das decisões judiciais.

Deve-se deixar de lado o método exclusivamente dedutivo, no qual o magistrado da regra geral e abstrata para aplicá-la ao fato concreto, para fazer também uma análise indutiva, pensando nas consequências das decisões em abstrato, e, a partir da escolha da melhor decisão com base em tais consequências, buscar a fundamentação geral e abstrata cabível, dando-lhe a melhor interpretação para validação de sua decisão.

Dessa forma, o primeiro passo é separar as possíveis decisões para um determinado caso, conforme as diversas interpretações possíveis do texto e a multiplicidade de princípios e valores de uma determinada sociedade naquele tempo e espaço, e antever, na medida do possível, e com base em um sistema de probabilidades, as consequências que mostrar-se-ão conforme seja adotada cada uma delas.

Demonstradas as consequências, deve então o aplicador analisar cada uma delas, inclusive os efeitos indiretos dela advindos, e optar pela que melhor atenda aos anseios da coletividade.

Entendemos que o consequencialismo é o caminho para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, pois nenhuma decisão será proferida se a consequência for a retirada da garantia dos direitos mais básicos constitucionalmente assegurados.

Essas decisões, a formarem precedentes, é que assegurarão a proteção e a aproximação entre a norma e o texto legal, problema enfrentado no capítulo 2.

Entretanto, para isso, devemos falar um pouco sobre a formação do precedente e da função de cada uma das cortes superiores, o que faremos nos dois próximos tópicos deste capítulo.

7.2 Dois caminhos se cruzam, e o Brasil cria a sua própria estrada

A análise realizada até agora sobre as duas principais tradições jurídicas do Ocidente - o civil law e o common law - não visa estabelecer fronteiras rígidas entre elas. Pelo contrário, é importante destacar, conforme apontado por Streck e Abboud (2015, p. 24/25), que ao longo do tempo as duas tradições têm se influenciado mutuamente. Observa-se uma tendência, embora não seja universal, de aproximação entre ambas.

Nos países que adotam o common law, é cada vez mais comum a utilização do direito legislado (statute law), com ramos inteiros do direito inglês e do direito estadunidense baseados em leis escritas. Esse movimento é denominado de "staturification". Por outro lado, nos países do civil law, tem-se observado um reconhecimento crescente da importância dos precedentes judiciais, levando à adoção de regras - formais ou informais - de vinculação aos precedentes.

O bem-sucedido processo histórico de respeito aos precedentes na tradição do common law não apenas proporcionou um grau satisfatório de segurança jurídica, mas também conferiu um alto grau de racionalidade à atuação do Judiciário inglês. Não é surpreendente, portanto, que esse modelo tenha sido transmitido às antigas colônias britânicas em um primeiro momento e, posteriormente, tenha sido incorporado à realidade jurídica de outros países, inclusive aqueles ligados à tradição do civil law.

Na verdade, está em andamento um movimento de caráter universal no sentido de reconhecer uma maior força aos precedentes judiciais, uma vez que a ideia de que um precedente judicial possa ser irrelevante para fundamentar uma decisão judicial é cada vez mais considerada inconcebível.

Diversas investigações realizadas em diferentes sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência a precedentes, há vários anos, não é uma característica peculiar dos sistemas de common law, uma vez que está atualmente presente em quase todos os sistemas, o que inclui também a civil law. (Taruffo, 2007, p. 85).

Esse movimento implica em um aumento significativo do papel dos precedentes. Anteriormente, esses precedentes tinham principalmente um caráter

persuasivo - uma situação que se revelava insustentável. Agora, chegamos a um ponto em que o precedente, se não obriga o juiz a seguir a solução nele contida (efeito vinculante), pelo menos exige que uma boa razão seja apresentada para não o fazer. Os precedentes passam a ter, dessa forma, uma força considerável, semelhante à que sempre tiveram no sistema inglês.

É evidente que, devido à heterogeneidade dos países que compõem essa tradição, o movimento de adoção dos precedentes judiciais não é uniforme entre eles. Cada um segue uma trajetória própria, alguns adotando a eficácia vinculante dos precedentes apenas na jurisdição constitucional, enquanto outros o fazem de forma mais ampla. Em alguns países, essa medida é apoiada por previsão legal expressa, enquanto em outros a força vinculante do precedente decorre de decisões judiciais anteriores. Em muitas jurisdições, influências externas, resultantes do funcionamento de cortes internacionais, contribuem para uma maior utilização de precedentes judiciais.

No entanto, há claramente um padrão emergente. Inicialmente, os países da tradição romano-germânica começaram a desenvolver mecanismos de "uniformização da jurisprudência", inclusive atribuindo função de tornar o sistema mais coerente a tribunais no topo das respectivas estruturas judiciais.

Em uma segunda fase, marcada pela adoção de instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, a eficácia vinculante foi concedida às decisões proferidas nesse contexto. O objetivo era permitir que o controle concentrado alcançasse, no civil law, a eficácia que o judicial review tinha na common law por meio do *stare decisis*.

Finalmente, na terceira e atual fase, trabalha-se com a ideia de vinculação a precedentes mesmo fora da jurisdição constitucional, como é o caso do Brasil.

O ponto fundamental a ser considerado é que o reconhecimento dos precedentes - ou da jurisprudência em sentido mais amplo - como fonte de direito por ambas as tradições não é algo novo. Como mencionado anteriormente, antes da era das codificações, era reconhecida a importância dos precedentes judiciais nos países do civil law, inclusive para atribuir um status especial ao *jura propria*. Portanto, o estágio atual representa, em última análise, um retorno às origens e demonstra que não há incompatibilidade essencial entre a regra do precedente e a estrutura jurídica dos países da família romano-germânica.

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunidense) e concentrado (modelo austriaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (sumula vinculante, sumula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.), de óbvia inspiração no common law. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito Romano, de cunho individualista, temos um micro sistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do common law. (Didier Jr., 2013, p. 42).

Na realidade brasileira, não se trata de um sistema puro de precedentes, mas sim de um sistema de precedentes adaptado ao contexto nacional, visando a uniformização das posições jurisprudenciais. Diante disso, surgem duas abordagens possíveis: uma seria rejeitar o sistema de precedentes no Brasil devido à sua possível inadequação teórica e técnica ao conceito de precedente. A segunda opção seria aproveitar as disposições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, que claramente buscou reduzir o número de processos e o caos no sistema judiciário atual.

Partindo dessas premissas, entendemos que a melhor opção seja aproveitar o sistema existente, ao invés de descartá-lo devido a possíveis inconstitucionalidades. Isso se justifica pelo fato de que o artigo 926 do Código de Processo Civil estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, o que não nos parece inconstitucional, uma vez que a vinculação da decisão deve ser observada caso a caso.

Na prática, os tribunais editarão enunciados de súmula que correspondam à sua jurisprudência predominante, devendo, ao fazê-lo, considerar as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, conforme estabelecido em seus regimentos internos.

Em termos de efetividade como precedente, uma decisão deve, inicialmente, observar as decisões proferidas por tribunais em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, sistema de demandas repetitivas, com repercussão geral, ou em assunção de competência, bem como as orientações do plenário ou órgão especial aos quais estão vinculados.

Além disso, em um segundo momento, a decisão judicial deve ter um efeito vinculante geral, que não se aplica de forma direta e indiscriminada, mas sim depende da análise das circunstâncias fáticas específicas que fundamentam a controvérsia individual, ou seja, o caso concreto, bem como da consolidação das teses normativas decididas naquela decisão (*ratio decidendi*).

Esse é, sem dúvida, o grande equívoco do nosso sistema, e será abordado no tópico seguinte, no qual já iniciamos a apresentação de nossa proposta para solução do problema.

7.3 Uma estrada escura e sinuosa

No presente tópico iremos expor um problema relacionado a falta de diálogo entre as cortes superiores no que diz respeito as suas respectivas funções, porém, mais do que apresentar o problema, aprofundaremos na tese que entendemos ser a solução do problema.

Reforçando o conceito de precedente dado no capítulo 1 deste trabalho e valendo-se das lições de Mitidier (2023, p. 22/23):

Precedentes são razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente particularizada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de uma reconstrução lógico-argumentativa empreendida a partir da decisão de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Precedentes não se confundem com decisões e súmula, porque estão em níveis discursivos diferentes. A decisão é um discurso elaborado para a solução de um caso. O precedente é um discurso oriundo da reconstrução de determinadas razões empregadas para a decisão de um caso, devidamente contextualizado pelos fatos correspondentes. A súmula é um enunciado derivado do precedente com a abstração dos fatos. Há um discurso, um metadiscurso e um meta-metadiscurso. Embora situados em degraus distintos, não há hierarquia entre decisão, precedente e sumula: essa escalada diz respeito à crescente abstração do caso, não à hierarquia normativa. São coisas distintas, com diferentes funções.

A decisão é a norma produzida para aplicação em um caso concreto com sujeitos e objetos bem delimitados.

O precedente, por sua vez, não resolve um caso, tratando-se de um discurso reconstruído a partir de determinadas decisões com o fim de dar unidade à ordem jurídica.

Enquanto a decisão resolve uma questão específica passada, o precedente orienta o futuro.

No Brasil, os precedentes são confundidos com as teses firmadas pelos tribunais, no formato de uma súmula, para aplicação a casos futuros.

Ocorre que, ao transformar o precedente em um elemento textual de poucas linhas, nós estamos andando em círculos, pois da mesma forma que existem divergências na interpretação da lei posta, por certo haverá também na interpretação da tese firmada, assim como das súmulas, quando, na verdade o precedente tem como alicerce as razões que levaram àquela determinada decisão, não podendo se destacar a decisão de suas razões, de seu fundamento.

Em analogia, “enquanto o precedente é uma cidade murada por fatos, a súmula é um acampamento ao ar livre” (Mitidiero, 2023, p. 24).

Tomemos como exemplo, a súmula vinculante 11, que trata da excepcionalidade da utilização de algemas, e cujo enunciado transcrevo: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Em se tratando de uma súmula vinculante, é o que se tem por precedente qualificado, que deve ser obrigatoriamente observado por todos os órgãos do judiciário, bem como pela administração pública.

Mas analisemos: o que se tem por “fundado receio de fuga ou perigo à integridade física”? Sendo um elemento dotado de subjetividade, quem poderá então dizer se foi ou não corretamente observada a súmula?

O direito brasileiro também conhece a figura das teses, uma parente muito próxima das súmulas. Assim como elas, as teses tampouco constituem precedentes. As teses são as respostas aos temas, que constituem modo de indexação de questões que se encontram sob a apreciação das cortes supremas. Embora busquem igualmente retratar um precedente, tampouco são vinculantes: o que vincula é o precedente que se encontra na sua origem. A tese é a interpretação dada pela Corte Suprema ao precedente – o que não dispensa, porém, a avaliação da sua congruência com os fatos-razões que procura retratar. O que vincula, portanto, não é a tese, mas o precedente de que deriva.

Se tomarmos as situações fáticas trabalhadas no item 6.4, poderemos perceber que o elemento vinculante não é a decisão em si, mas sim as razões que levaram a ela.

No caso do afastamento da mora do casal que sofreu com os problemas graves de saúde do filho, a decisão de relatoria do Min. Paulo Dias de Moura Ribeiro não vincula outras que se seguirem e tratarem de mora por razões médicas, mas a ratio de que a vida de um filho está acima de questões patrimoniais, deve prevalecer sempre.

Na questão envolvendo o vínculo entre motoristas de aplicativo e as respectivas plataformas, mais importante do que o reconhecimento do vínculo, ao final da decisão em sua parte dispositiva, está a interpretação dos conceitos de subordinação e autonomia que levam à decisão final.

Criar teses, com natureza vinculante, refletindo apenas a parte dispositiva, sem se considerar o conjunto fático que embasa a primeira decisão, leva-nos ao problema já discutido no capítulo 2, quando tratamos do juspositivismo e da sempre necessária interpretação.

Mas não é apenas na questão dos precedentes que nosso sistema apresenta equívocos de natureza, muitas vezes, conceitual.

Como afirmava o Ministro Sydney Sanches, entre o controle concentrado e o difuso, chegamos ao controle de constitucionalidade confuso. E essa confusão reflete também na análise de competência de cada uma das cortes superiores.

Há uma verdadeira zona de penumbra entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e uma delimitação funcional de cada uma das cortes é uma premissa para o bom funcionamento de um sistema de precedentes.

De nada adianta se pensar em precedentes quando ainda não se definiu a real função de cada uma das Cortes Supremas. A existência de duas Cortes Supremas é uma particularidade do nosso sistema. Nos Estados Unidos, por exemplo, há apenas uma. Nos países europeus, em regra, há uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional, que não integra a estrutura do Poder Judiciário.

No Brasil, temos a previsão do controle difuso, ao passo em que, nos países em que existe uma Corte Constitucional e outra Corte Suprema, o controle é sempre concentrado. Nos Estados Unidos, de onde trouxemos o controle difuso, há uma única Corte Suprema.

Ora, por uma questão de lógica, quando há duas Corte Supremas, cada uma deve ser uma função, de modo que, se ambas, na prática, exercem a mesma função, há algo a ser corrigido.

O Supremo Tribunal Federal exerce o papel de guardião da Constituição Federal, de forma que seus membros definem a interpretação da lei de acordo com a Carta Magna. Com base em tal papel, o STF acaba por, inclusive, reformar decisões do Superior Tribunal de Justiça, como uma instância subsequente a qual os conflitos são direcionados em caso de inconformismo.

É preciso separar a chamada interpretação conforme a Constituição do controle de constitucionalidade.

Nossa grande e primeira dificuldade está no fato de todo juiz brasileiro poder exercer o controle difuso de constitucionalidade, o controle incidental. Essa espécie de controle acaba por conceder ao juiz e aos órgãos fracionários dos tribunais, um amplo poder para interpretar a lei federal a partir da Constituição. Porém, muitas vezes, o órgão fracionário ultrapassa os limites da interpretação para reconstruir a norma derivada da interpretação possível.

Ou seja, o órgão fracionário, sob as vestes de interpretação da regra, realiza controle de constitucionalidade.

Como trabalhamos no capítulo 2, e reforçamos no início deste tópico, a interpretação da lei, do texto, do dispositivo, das súmulas e das teses firmadas, nunca é uma única possível, sujeitando-se, invariavelmente, a diversas possibilidades interpretativas. Porém, existe um limite a ser observado.

As interpretações possíveis devem se restringir àquelas que não desconsideram o texto (e mesmo aqui haverá uma gama de possibilidades). Toda vez em que o aplicador do direito, interpretando, desconsidera o texto e, portanto, suprime parte do dele, o adita ou substitui algum significante, a decisão é reconstrutiva ou manipulativa.

Se o aplicador não deseja declarar a inconstitucionalidade da norma, mas também não pode interpretá-la a luz da constituição, há, muitas vezes, um exercício de reconstrução da norma derivada do dispositivo, a fim de torná-la compatível com a Constituição. Porém, isso não é interpretação, e sim exercício do controle de constitucionalidade.

Daí porque a edição da súmula vinculante nº 10, que enuncia: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Na verdade, quando o recurso chega ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, supõe-se que sempre haverá questão constitucional, pelo simples fato de o raciocínio do julgador ter que passar pela análise da constituição.

Ocorre que, não é porque o raciocínio do decisor tem que considerar a Constituição que se está diante de uma questão constitucional. Não se pode confundir o objeto da interpretação com a diretiva da atividade, o critério, para a interpretação.

A interpretação conforme a Constituição é um critério interpretativo da lei. Ao fazê-la, o magistrado se vale do texto constitucional para interpretar o texto da lei, sendo este último o objeto da interpretação, ao passo que o texto constitucional é o critério, a diretiva da atividade de interpretar.

Estabelecida a distinção entre objeto e critério, bem como a função institucional do Supremo Tribunal Federal, podemos então afirmar que não basta a afirmação de que a interpretação do tribunal está em desacordo com a Constituição, para que tenha cabimento o recurso extraordinário e para que o Supremo Tribunal Federal assuma a sua função de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal não tem a função de definir a interpretação da lei, utilizando como critério a Constituição, e sim a função de controlar a constitucionalidade de uma interpretação.

Nos termos do artigo 102, III, a, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão contrariar dispositivo constitucional, o que é bem diferente de decisão que interpretar a Constituição Federal.

Após a instalação do Superior Tribunal de Justiça, em 07 de abril de 1989, essa distinção ganha ainda mais relevância, pois não se coaduna com a lógica que deve guiar todo o sistema jurídico, que o Superior Tribunal de Justiça, como corte superior que é, interprete lei federal conforme a Constituição, e essa decisão tenha que passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se estivermos diante de uma decisão que pode ser tida como incorreta em termos interpretativos, o recurso interposto em face da decisão tem por finalidade a correção da interpretação, seja mediante o critério teleológico, literal, qualquer um deles, ou até mesmo a partir do critério da interpretação conforme, pois estamos focando a análise no objeto da interpretação.

Podemos, neste ponto, retornar à primeira das decisões trabalhadas no item 6.4. Afinal, por que estamos a esperar uma manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza do vínculo existente entre os motoristas de aplicativos e as respectivas plataformas digitais?

Conforme mencionamos naquele tópico, a atividade interpretativa deve conduzir a uma decisão acerca da existência ou não dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício, em especial, da subordinação, tida, no julgado analisado na ocasião, como subordinação algorítmica. Ao que nos parece a interpretação, a fim de dirimir todas as divergências, deve ser realizada pelo órgão de cúpula do Tribunal Superior do Trabalho, e não ao Supremo Tribunal Federal, pois ainda que a análise deva se dar sempre em conformidade com a Constituição Federal (e vale aqui frisar a importância do artigo 170 do texto constitucional como um guia de ponderação entre os interesses envolvidos), o objeto central é a interpretação da lei federal, sendo a Constituição a diretiva da atividade interpretativa.

O recurso extraordinário, dessa forma, deve ficar restrito, às situações de violação direta à Constituição Federal, não devendo ser admitido quando a ofensa se der de forma indireta ou reflexa. Do contrário, todas, absolutamente todas, as decisões seriam passíveis de impugnação por meio do recurso extraordinário, que deveria inclusive deixar de ter tal nomenclatura, em razão da banalização de seu cabimento.

Somente há violação direta quando o Tribunal, ao decidir, aplica e interpreta apenas a Constituição Federal. Se o Tribunal aplica e interpreta a lei infraconstitucional, intermediando com a lei a sua decisão interpretativa, não há, ao menos em tese, violação direta da constituição, mas, no máximo, violação indireta, que se faz presente na lei e, de forma indireta, na Constituição Federal.

Ora, mas em qual situação o tribunal decidirá interpretando e aplicando tão somente a Constituição Federal? A resposta é: quando o legislador infraconstitucional

se omite em tutelar normativamente um dispositivo constitucional, especialmente um direito fundamental.

Quando é possível verificar, a partir do raciocínio decisório, que deveria haver uma regra infraconstitucional densificando a força da norma constitucional, o Tribunal pode decidir aplicando a Constituição, a despeito da inexistência de lei, e, nessa situação, poderá haver violação direta à Constituição Federal e, em havendo, a decisão será impugnável por meio de recurso extraordinário.

Outro ponto em que parece haver um manejo indevido dos recursos aos tribunais superiores, é a superação de divergência jurisprudencial.

Conforme disposto no artigo 105, III, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recurso especial em face de decisão de Tribunal Regional Federal, Tribunal Estadual ou do Distrito Federal e Territórios que der a lei interpretação distinta da que lhe tenha dado outro tribunal.

Trata-se de competência para dar a palavra final em termos de interpretação de legislação infraconstitucional, quando houver divergência dentro da própria estrutura do Poder Judiciário.

Note-se que não há a mesma previsão dentro da competência estabelecida para o Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica em uma interpretação sistemática e teleológica, por duas razões: a primeira delas, é que, tratando-se de interpretação que tem por objeto a lei infraconstitucional, ainda que a diretiva da atividade seja a Constituição, não se trata de uma questão de violação direta à Constituição; em segundo lugar porque a divergência faz parte do processo democrático de amadurecimento da questão colocada.

Se, em sede de recurso extraordinário, imediatamente após a decisão proferida por um Tribunal Regional Federal, Estadual ou Distrital, o Supremo Tribunal Federal decide a questão, atribuindo-lhe a interpretação correta e firmando uma tese com efeito vinculante, há verdadeira usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, pois não há previsão de competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir divergências interpretativas.

Além disso, o julgamento prematuro impede o amadurecimento da divergência em tribunais espalhados pelo país, firmando uma interpretação judicial que tem eficácia geral e vinculante, sem a necessária discussão.

Um precedente só tem legitimidade quando formado de modo democrático, o que não significa simplesmente permitir a participação dos representantes dos vários setores da sociedade, mas também ouvir todos os intérpretes, ou ao menos a maioria deles, pelos vários cantos de um país tão plural. É preciso deixar amadurecer o diálogo entre os tribunais, é preciso que se deixe formar a divergência, para que depois o Superior Tribunal de Justiça (ou os tribunais superiores da justiça especializada, quando o caso), mediante diálogo entre os seus ministros e consideração adequada das realidades e das interpretações divergentes levadas a Corte, possa chegar a melhor interpretação possível, formando e delineando um precedente.

É discutível também a legitimidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando proferida a partir de uma interpretação minoritária, não no sentido de seus destinatários, vez que, conforme ressaltado no tópico 7.1, os tribunais exercem um importante papel contra majoritário na proteção dos interesses das minorias, mas sim no sentido de vincular toda a sociedade a partir da interpretação de uma decisão oriunda, apenas a título de exemplo, do Tribunal do Rio Grande do Sul.

A jurisdição constitucional é tanto melhor quanto mais pode usufruir da experiência dos vários intérpretes da lei e da constituição. Quanto maior o número de intérpretes a oferecer razões a corte, certamente melhor será a sua solução. Então não há razão para que seja proferida a decisão a partir de um único Tribunal.

A partir dessa necessária correção de rota no delineamento das funções institucionais de cada um dos tribunais superiores, outra questão deve ser colocada: por que admitir recurso extraordinário contra toda e qualquer decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial?

Trata-se, como já falamos, em verdadeira contradição, negando a necessidade do aprimoramento da discussão e da interpretação na corte, o que por certo já ocorreu no Superior Tribunal de Justiça quando da solução da divergência, ou da aplicação da interpretação tida como correta.

Além disso, tal prática acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal em uma corte de revisão, funcionando o Superior Tribunal de Justiça como uma terceira, e o Supremo Tribunal Federal uma quarta, instâncias.

Para que isso não ocorra, é preciso perceber que quando nós temos duas cortes superiores, a relação entre as duas cortes se dá mediante um diálogo por meio dos precedentes de acordo com a competência e finalidade de cada uma delas.

Conforme tratamos no início deste mesmo tópico, as decisões tomadas nos casos concretos não têm relevância para esse diálogo, pois o que importa são os precedentes formados pelas cortes. Dessa forma, entendemos que o Supremo Tribunal Federal somente deve atuar, com o fim de controle da constitucionalidade da interpretação delineada em precedente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Antes de firmado o precedente pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a interpretação da lei infraconstitucional e a solução de divergências entre tribunais, o Supremo Tribunal Federal não deve atuar.

Dessa forma, estará salvaguardado o espaço interpretativo do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo em que haverá uma otimização da função do Supremo Tribunal Federal, que deixaria de ter a obrigação de rever toda e qualquer decisão dos tribunais, inclusive dos tribunais superiores, onde se alega a contrariedade à constituição.

Na verdade, o recurso extraordinário ficaria restrito, até mesmo em razão do requisito da repercussão geral, à hipótese de impugnação de uma decisão que constituiu um precedente ou baseada em um precedente.

Ao se adotar tal sistemática, que, vale frisar, decorre da própria lógica da estrutura do Poder Judiciário e das funções exercidas por cada um dos tribunais dentro desse sistema, retirar-se-ia do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de interferir sobre o processo de interpretação da lei, seja interpretando a lei antes do Superior Tribunal de Justiça, seja revendo a interpretação do texto normativo.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de optar por uma interpretação melhor da lei, ainda que à luz da Constituição, sendo a função interpretativa atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Ao Supremo Tribunal Federal restaria, no exercício do papel de guardião constitucional, exercer o controle de constitucionalidade sobre os precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, porém, mais uma vez, sem optar pela melhor interpretação, que não é sua função, mas tão somente controlar a constitucionalidade em caso de violação direta à Constituição Federal.

A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação que viole diretamente, e não de forma reflexa, a Constituição Federal, haverá, necessariamente, uma nova interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal, mas tão somente para o caso concreto. Ou seja, não será firmado um novo precedente sobre o tema, limitando-se o precedente da corte constitucional à declaração de inconstitucionalidade, de forma que a interpretação restará novamente em aberto para todos os membros de todos os tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

O STJ poderia, inclusive, ao se deparar novamente com a questão, adotar uma interpretação diversa daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso concreto anterior, pois esta não tem eficácia geral e vinculante, apenas não podendo valer-se de interpretação já reconhecida como inconstitucional. Não cabe ao STF interpretar a lei, muito menos submeter o STJ a seu entendimento.

Por fim, a única hipótese de interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal seria o caso de exercício do controle de constitucionalidade por meio de interpretação conforme a Constituição Federal, mas sempre frisando que, a utilização de tal instrumento somente seria adequada na hipótese de existir uma única interpretação possível de acordo com a Constituição Federal. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal deveria fundamentar o porquê seria a única interpretação possível, fixando precedente geral e com efeito vinculante.

Adotando-se essa sistemática proposta, restará preservado o espaço interpretativo do Superior Tribunal de Justiça, bem como permanecerá o Supremo Tribunal Federal como o guardião maior da Constituição Federal, racionalizando-se a função de ambas as cortes, com grande proveito para o desenvolvimento do direito e para a realização da justiça nos casos concretos e, sobretudo, para a segurança jurídica, em especial na proteção dos direitos fundamentais.

Porém, adotando-se o modelo proposto, nossa tese ainda teria 2 problemas com os quais precisaria se deparar: a estabilidade do precedente e o risco daquilo que comumente passou a se chamar de ativismo judicial. Sobre eles falaremos no tópico subsequente.

7.4 A construção realista dos direitos fundamentais no capitalismo: o nosso real destino

O capitalismo constitucional tem suas estruturas na preservação e garantia dos direitos fundamentais, sem renunciar à livre iniciativa e da propriedade privada. É o ponto de equilíbrio entre os interesses econômicos, em especial das grandes empresas, protagonistas do sistema com o advento da globalização, e os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Sendo inegável a existência de tais valores em nossa sociedade, hoje já adentramos o passo seguinte: o da positivação.

O modelo de capitalismo ora defendido encontra respaldo em nosso texto constitucional, em especial nos artigos 170 e 5º, XXIII, da Constituição Federal.

Se existem os valores e a positivação na norma, por que ainda existe dificuldade na aplicação?

Ao que parece, precisamos construir tal ideia a partir das normas criadas pelos juízes, desembargadores e ministros nos casos concretos, através da visão consequencialista vista no item 7.1, com a utilização do método de abdução aqui defendido, para aplicação do capitalismo sob o viés constitucional e posterior fundamentação a partir dos textos legais já trabalhados, pois o texto sem aplicação jamais poderá ser considerado Direito.

É evidente que ao discutir o crescimento do sistema de precedentes em qualquer sistema jurídico, seja ele da tradição da common law ou da civil law, é inevitável mencionar o fortalecimento institucional do Poder Judiciário. Isso se traduz em buscar trazer mais racionalidade às decisões judiciais, proporcionando assim maior segurança e estabilidade ao Direito e ao sistema como um todo. Essa realidade se fundamenta na independência constitucional dos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário, conferindo-lhes autoridade e liberdade para julgar os casos concretos.

Entretanto, uma das implicações do consequencialismo é a potencial indeterminabilidade dos resultados que podem ser extraídos dos textos legais. Daí decorre a importância das Cortes Supremas em definir o sentido e a validade da lei em um sistema no qual todos os juízes interpretam as leis e controlam sua

constitucionalidade. Após o pronunciamento da Corte Suprema, nenhum juiz, tribunal ou a própria Corte pode decidir ou resolver casos contrariamente a esse precedente, exceto em situações específicas que permitam a revisão ou superação do precedente pela própria Corte, atentando-se, claro, às funções exercidas por cada tribunal ou órgão dentro do sistema, como visto no item 7.3.

Para assegurar a segurança e a coerência do sistema jurídico, juízes, Tribunais Superiores e Cortes Supremas, embora desempenhem funções distintas, buscam unificar entendimentos para a solução racional de conflitos. Essa unificação é crucial para a estabilidade jurídica e social, pois viver na incerteza e na subjetividade de cada julgador não é mais aceitável, especialmente o "decido conforme minha consciência". A consolidação desse sistema de precedentes, dotado de autoridade vinculante, é essencial para alcançar essa segurança, sem comprometer a independência funcional dos magistrados.

A adoção de um sistema de precedentes permite o desenvolvimento do direito dentro do ordenamento jurídico, por meio dos entendimentos estabelecidos pelas Cortes Supremas, responsáveis por definir o verdadeiro sentido da lei e do Direito. Isso evita a imprevisibilidade do Direito e a falta de segurança nas decisões judiciais, aspectos que se tornaram obsoletos em tempos modernos, nos quais as relações sociais não podem depender da subjetividade de um julgador ou de suposições. A certeza no Direito, na vida e na sociedade é crucial para evitar crises que possam enfraquecer a evolução social e jurídica.

Porém, precisamos ressaltar que se mostra também essencial para a adoção de nossa tese, uma maior rigidez no que diz respeito a modificação dos precedentes estabelecidos, vez que estes devem refletir o entendimento institucional, e não mera a soma individual de seus membros. Não podemos ficar a mercê de mudanças de precedentes a cada nova nomeação de um novo Ministro e uma nova composição do Tribunal.

Com efeito, é comum a aplicação da máxima de que questões semelhantes devem receber tratamento idêntico. Em caso de decisão com efeito vinculativo, o juiz deve evidenciar essa semelhança. Em outras palavras, a fundamentação da decisão deve deixar claro que o precedente invocado tem influência sobre o caso em questão por ser pertinente a ele.

O artigo 489, §1º, V, do Código de Processo Civil estipula que uma decisão que invoca um precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes ou demonstrar sua aplicabilidade ao caso em julgamento não está devidamente fundamentada. O trabalho do juiz consiste em primeiro delimitar as questões abordadas pelo precedente invocado e, em seguida, demonstrar como o caso em análise se assemelha ao caso paradigma. A legitimidade da decisão que segue um precedente reside no fato de que sua fundamentação estabelece uma equivalência entre o caso em julgamento e o precedente invocado com força vinculante.

O objetivo é evitar decisões, frequentemente vistas, que apenas reproduzem trechos de julgamentos sem uma análise crítica, até mesmo porque, como analisamos no item 7.3, não é a parte dispositiva que gera o precedente, e sim a sua ratio.

Por outro lado, a não aplicação de um precedente também requer uma argumentação vinculada, conforme o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil. Para se distanciar dos parâmetros jurisprudenciais vinculativos, o juiz tem duas opções: demonstrar uma diferença significativa ou indicar a necessidade de revisão da tese. Essas técnicas de não aplicação têm raízes nos conceitos anglo-saxões de *distinguishing* e *overruling*, utilizados na common law.

A superação de um precedente deve ser feita com cautela, pois este é estabelecido para perdurar enquanto necessário, levando em consideração a evolução social e as mudanças no Direito. Alterações em teses jurídicas consolidadas em enunciados de súmula ou em julgamentos de casos repetitivos podem ser precedidas por audiências públicas e participação de diversas partes interessadas. É importante ressaltar que um precedente não deve ser considerado imutável, pois, assim como a sociedade evolui, o precedente também pode evoluir naturalmente, mas também não pode ser alterado em razão de uma simples mudança de sua composição ou mudança de entendimento de um de seus membros, pois, como dissemos, o precedente deve revelar o entendimento institucional, que vai além da soma dos entendimentos individuais de seus membros.

É essencial que as teses estabelecidas nos precedentes sejam periodicamente avaliadas para verificar se ainda são aplicáveis à realidade atual, evitando sua cristalização. Caso a tese do precedente não seja mais adequada, há justificativa para sua superação, desde que o órgão judiciário que o emitiu o faça. Outros órgãos do Poder

Judiciário não têm autoridade para superar o precedente. Nesse caso, o próprio órgão emissor do precedente pode revisar e, se necessário, superá-lo.

Não é incomum que, em casos de alteração da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou de julgamentos repetitivos, os efeitos da mudança sejam modulados, em prol do interesse social e da segurança jurídica. A modificação de enunciados de súmula, jurisprudência consolidada ou teses estabelecidas em julgamentos repetitivos deve ser fundamentada de forma adequada e específica, levando em conta os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e igualdade.

Apenas o órgão que formou o precedente pode superá-lo. A técnica de alerta serve – ou deve servir – para que, gradualmente, o órgão fixador da tese reveja seu posicionamento. É de se esperar que, ao longo do tempo, uma série de decisões que alertem ou sinalizem a necessidade de mudança façam com que a questão chegue, novamente, a ser decidida pelo órgão que prolatou a decisão-paradigma. Trata-se de uma dinâmica própria do direito, que apenas responde aos fenômenos sociais e deles se origina. Quando, então, a corte alterar sua tese, é preciso ter cuidado pois será alterada a pauta de conduta que até então servia de parâmetro decisório. As expectativas jurídicas criadas até então serão modificadas, o que requer novamente do tribunal uma consciência e responsabilidade grandes (Alvim, 2016, p. 529).

Entendemos que, uma vez firmado um precedente, a sua alteração deveria obedecer a um procedimento com maior rigidez, a fim de se evitar modificações constantes, como no famoso julgamento acerca da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, após decisão de segunda instância. Conforme mudava-se a composição do tribunal, alterava também a maioria dos votos por um lado ou outro, de forma que em um breve espaço de tempo houve ao menos três mudanças de entendimento sobre o assunto.

Nenhum membro de qualquer tribunal é maior do que este considerado como instituição. Sobre a vaidade, que muitas vezes predomina, ensina Adeodato (2023, p. 263/264):

A cobertura da imprensa, dentre outros fatores, tem feito aflorar as vaidades mais comezinhas. E uma curiosa autoconfiança faz com que muitos magistrados escrevam opiniões, antes inconfessáveis, nos próprios textos de suas decisões. Veja-se o voto:

Acabo de concluir que devo deixar de ensinar doutrina e assumir que devo apenas ensinar jurisprudência dos tribunais superiores. Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do STJ, assumo a autoridade da minha jurisdição...

Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.

E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros.

Esse é o pensamento do STJ e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico -uma imposição da Constituição federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

A nossa proposta é o estabelecimento de um quórum qualificado para a superação do precedente, de forma que a alteração de um precedente já firmado exigiria uma fração maior de membros do tribunal do que para o estabelecimento de um novo precedente sobre matéria que ainda não tenha sido objeto de nenhum.

Ademais, muitas vezes, essa mudança de entendimento baseada na mudança da composição, ou mudança de entendimento de poucos Ministros, se dá, em especial nas cortes superiores, em razão da politização do judiciário.

O sistema de nomeações políticas para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal permite que a autoridade nomeante escolha o nomeado de acordo com o perfil pretendido para determinadas questões sensíveis. Ainda que se fale em sabatina e aprovação pelo Senado, esta decisão também tem um viés muito mais político do que jurídico.

Não está a se falar aqui de parcialidade ou corrupção por parte dos nomeados, mas tão somente da possibilidade de alteração de entendimentos firmados pela Corte tão somente por indicações de pessoas ideologicamente próximas de entendimento contrário, de forma que a política passa a ter um importante instrumento de interferência nas questões judiciais.

Por fim, precisamos rechaçar o argumento de que o fortalecimento do sistema de precedente traria por consequência o ativismo judicial, expressão que adquiriu sentido pejorativo, para designar a usurpação da função legislativa por membros do Poder Judiciário.

A preocupação com a atribuição de maiores poderes ao judiciário não é de hoje. À época da revolução francesa já estava no ambiente o medo de que o judiciário pudesse manipular a lei em detrimento das forças revolucionárias.

Sempre há um receio de que a força do judiciário possa rivalizar com as casas legislativas, quando na verdade, o que se defende, dentro das regras do jogo, é a

formação dos precedentes com base na interpretação da lei regularmente aprovada. Na ausência de lei, a própria lei de introdução às normas do direito brasileiro apresenta os instrumentos de integração, quais sejam, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, para assegurar a inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, há mecanismos a fim de se efetivar direitos fundamentais no caso de omissão do legislativo, como o reconhecimento da constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Em nenhuma hipótese está a se defender a atuação de forma contrária ao texto legal. Pelo contrário, o que se busca é uma aproximação deste.

Contudo, o poder do STJ para definir o sentido do texto legislativo e do STF para definir o sentido da Constituição não só é algo que decorre naturalmente da conclusão teórica de que o intérprete reconstrói o direito a partir de valoração e racionalização pautada no texto legal - motivo pelo qual o juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito aderente às necessidades da sociedade -, como também tem ancoragem na Constituição, que lhes confere o dever de dar unidade ao direito e, portanto, de atribuir sentido ao direito. Quer dizer que a autoridade dos precedentes das cortes supremas não apenas não pode rivalizar como o poder do parlamento, na medida em que naturalmente resulta do desenvolvimento da teoria da interpretação e da evolução do conceito de direito, como é imprescindível para a coerência da ordem jurídica, sem a qual não há segurança jurídica nem possibilidade de igualdade perante o direito. (Marinoni, 2019, p. 95).

Quanto ao controle da legalidade dos precedentes, todos nós, acadêmicos, professores e operadores do direito, teremos de assumir a nossa responsabilidade, através da produção científica, do ensino crítico para além da formação do aluno voltada apenas ao exame da ordem dos advogados do Brasil.

O controle das decisões das cortes supremas deve ser feito especialmente pela comunidade jurídica, pela profissão e pela academia, mediante críticas e debates realizados em livros, revistas, jornais, congressos e em salas de aula, com a consequente repercussão sobre os meios de comunicação, particularmente em casos de maior relevância social. Uma decisão equivocada certamente será criticada por juristas, professores e advogados e, assim, colocada na pauta das preocupações da academia e da ordem dos advogados, cujas funções estão umbilicalmente relacionadas com o adequado desenvolvimento do direito e, por isso mesmo, não podem se desligar da crítica dos precedentes das cortes supremas. (Marinoni, 2019, p. 97).

O que clama urgência, é a atuação do Poder Judiciário na efetivação de tudo aquilo que a lei já determina, pois o direito materializado no texto, mas sem aplicação na prática, traduz um valor sem valor algum.

Perante uma Constituição do tipo dirigente, ao judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. Reclama-se-lhe postura diversa da espera passiva, até ser acionado pelo interessado em despertá-lo. A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial. O judiciário, ao lado dos demais poderes do estado, é tão

responsável quanto eles pela consecução dos objetivos fundamentais da República federativa do Brasil. É poder constituído, evidentemente subordinado a vontade constituinte e não tem o direito a sentir-se alheio ao grande projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. (Nalini, 2006, p. 53).

8 CONCLUSÃO – ANÁLISE REALISTA: VALORES SEM EFICÁCIA NÃO POSSUEM VALOR ALGUM

O conceito de direito natural, independentemente da época, sempre foi concebido como um direito caracterizado pela universalidade e permanência, como se fosse uma norma aplicável a todos os seres humanos, em qualquer lugar e tempo. O próprio termo está ligado à "natureza" tanto do ser humano quanto das coisas. No entanto, a questão reside em definir o que constitui essa "natureza humana", considerada imutável, e qual é o estado de "natureza das coisas", ou seja, a realidade.

Certos princípios, quando associados ao direito natural, seriam considerados absolutos e superiores hierarquicamente ao ordenamento jurídico estatal. No entanto, a questão central é: de onde esses princípios seriam derivados?

Com a introdução da ética na filosofia, através dos ensinamentos sofistas, e a distinção entre nomos (lei humana) e physis (natureza), os filósofos começam a se preocupar mais com questões de certo e errado, e com a justiça, situando-a no domínio da natureza, além da vontade humana e das determinações governamentais.

A partir dessas ideias iniciais, surge uma contradição terminológica. Afinal, o direito (nomos) pertenceria à natureza (physis)?

Nunca houve consenso, mesmo entre os jusnaturalistas, sobre a fonte do direito natural. Inicialmente, acreditava-se em um direito natural cósmico, anterior a todas as coisas, superior até mesmo aos deuses, de modo que estes não poderiam modificá-lo. Os deuses não criaram o direito natural, assim como não foram responsáveis pela criação do mundo.

Na Idade Média, com a forte influência da Igreja Católica, surge a teoria jusnaturalista teológica, que considerava o direito natural como a revelação da vontade divina. A natureza e a essência empírica do ser humano seriam a manifestação da vontade de Deus, explicando a relação entre a vontade divina e o que é considerado natural.

Com o declínio do poder da Igreja e o surgimento do protestantismo, o direito natural passa a ser pensado de forma diferente, na fase do jusnaturalismo racional ou antropológico. De acordo com essa visão, o direito justo e natural não tem origem

cosmológica ou divina, mas sim nas escolhas humanas, estando acessível à razão de todos os seres humanos.

Portanto, quando se fala em direito natural, não há universalidade nem mesmo em relação à sua origem, quanto mais ao seu conteúdo. A indeterminabilidade do conteúdo do direito natural, as origens não jurídicas invocadas e a falta de coercibilidade resultam na inadequação de qualquer teoria jusnaturalista na proteção dos direitos fundamentais.

A mutabilidade dos valores sempre foi uma crítica às teorias do direito natural e uma das grandes dificuldades na criação de uma norma universal de direitos humanos. Não é possível estabelecer um direito eterno e universal, pois os valores sociais se alteram com as circunstâncias de tempo e espaço.

A proteção dos direitos fundamentais não pode depender de algo tão incerto, pois isso resultaria em uma proteção ineficaz. Além disso, as teorias jusnaturalistas enfrentam o desafio da efetividade. Mesmo que haja um consenso hipotético sobre um direito natural, sua eficácia dependeria da adesão voluntária de cada indivíduo, pois falta-lhe o atributo da coercibilidade. O direito natural está mais próximo das normas morais do que das jurídicas, dependendo do cumprimento espontâneo.

Com o surgimento das teorias juspositivistas, passou-se a perceber no direito positivado uma segurança e solidez muito maiores do que aquelas encontradas no direito natural, que não se materializava em normas escritas. Isso decorria do conhecimento prévio das normas e das consequências para sua violação.

Na sua primeira abordagem, conhecida como legalista, a Escola da Exegese adotou o juspositivismo, estabelecendo uma relação próxima entre os significados de direito e lei. A lei, produto de um processo racional, traria consigo a noção de justiça por ser fruto da vontade da maioria da sociedade, expressa por meio de seus representantes eleitos, ainda que o sufrágio universal tenha sido uma conquista progressiva.

Nessa visão, o papel do juiz seria reduzido a simples aplicador da lei, com apenas uma interpretação possível. Qualquer divergência entre juízes seria considerada um erro de interpretação, já que a lei teria apenas uma aplicação correta.

No entanto, críticas ao legalismo surgiram, baseadas principalmente em dois pontos: primeiro, é raro que a interpretação de um texto seja única; segundo, o direito

não é produzido apenas pela lei, mas também por sentenças, contratos e decisões judiciais, entre outros instrumentos.

O significado de um texto não é a realidade que ele descreve, mas sim a interpretação daquele que utiliza o sinal ou o interpreta, e essa interpretação nem sempre coincide. O positivismo jurídico não nega a importância dos méritos da lei, mas enfatiza a legitimidade do procedimento. Os valores éticos e de justiça não determinam a existência das leis ou dos sistemas legais; estes dependem das estruturas de governança e não do grau de realização dos ideais de justiça.

Para o juspositivismo, o direito é uma questão do que está estabelecido, e a lei é uma construção cultural. Segundo a corrente normativista, a lei estabelece os limites para a criação do direito por meio de decisões ou contratos, assim como uma moldura de um quadro, cujo conteúdo é preenchido no caso concreto sem ultrapassar os limites estabelecidos.

O positivismo jurídico, em sua vertente realista, destaca o papel das decisões de autoridades na formação do direito, incluindo legisladores e magistrados, cujos atos criam fontes de direito e aplicam enunciados jurídicos já existentes.

A incerteza decorrente das diferentes interpretações possíveis do texto normativo por cada magistrado traz novamente os mesmos desafios do jusnaturalismo, aproximando o juspositivismo dessa corrente no que diz respeito à falta de clareza e certeza.

No Brasil, tradicionalmente, apenas a legislação foi considerada a principal fonte do direito, influenciada pelo positivismo jurídico. No entanto, atualmente, não se pode sustentar a ideia de um sistema puramente legalista, baseado exclusivamente na lei.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, foram introduzidos no sistema instrumentos que permitem aos juízes adotar outras decisões proferidas em casos semelhantes em suas fundamentações, buscando garantir previsibilidade, estabilidade e tratamento igualitário aos jurisdicionados.

Portanto, é inegável que há uma tentativa de aproximação entre os sistemas de civil law e common law, especialmente pela evolução do papel do juiz, que passa de mero aplicador da lei para intérprete de "regras abertas", considerando em certa medida as decisões anteriores em casos similares.

O texto normativo ineficaz tem a mesma utilidade de um conto de fadas, não ultrapassando a linha da ficção para o mundo fático. Assim, um texto dissociado da realidade também se mostra insuficiente para proteger os direitos fundamentais e promover um capitalismo voltado para o bem-estar coletivo e a dignidade de todos.

Outra tentativa de assegurar aos seres humanos tudo aquilo que é essencial veio por meio do humanismo. Contudo, o termo "humanismo" enfrenta questões relacionadas à ambiguidade e à falta de precisão.

O humanismo e a democracia contemporânea são interligados por osmose, e não apenas pela justaposição, já que um está intrinsecamente ligado ao outro, sendo um pressuposto básico necessário para sua coexistência. Sobre a democracia contemporânea, discutiremos no próximo capítulo.

Uma das maneiras mais eficazes de promover um discurso que exalte a democracia, os direitos humanos e a justiça é integrá-lo em um conjunto bem organizado, envolto em um discurso humanista em que o ser humano ocupe uma posição central.

O denominador comum de todas as formas de humanismo é a convicção de que o ser humano é um valor em si mesmo e deve ser tratado como tal. O próprio termo carrega essa ideia: humanismo significa a doutrina do primado do homem, a afirmação e defesa do ser humano.

No entanto, enquanto a preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana sempre foi um ponto comum, hoje o termo é utilizado para fins de exclusão e conformação de uma parte significativa da população ao crescimento global. Tornou-se um termo sem substância, usado para encontrar argumentos que justifiquem melhor nosso lugar no mundo, na sociedade e no mercado. É um tipo de humanismo especialmente apto para promover a manifestação e a criação de um indivíduo empreendedor, responsável único por seu sucesso ou fracasso.

Elevado ao status de valor jurídico pela Constituição Federal, o humanismo deve ser não apenas garantido, mas também efetivamente realizado pelo Direito, sob o risco de se tornar apenas uma fachada e não algo genuíno. Sem dúvida, a ineficácia é o principal problema que enfrentamos e cuja solução buscamos estabelecer nesta tese.

Embora não seja um fenômeno novo, o atual ciclo da globalização questiona a ideia subjacente ao princípio da dignidade humana, que considera o indivíduo como um fim em si mesmo e não apenas como um meio para outros fins.

Nesse contexto global, as principais características incluem a desestabilização da hierarquia tradicional do Estado-Nação, a articulação tecnológica digital que conecta cidades globais, entidades subnacionais e empresas transnacionais, escapando ao poder estatal nacional e ditando o sistema econômico-financeiro.

O enfraquecimento do Estado-Nação é evidente quando se observa que nenhum país isoladamente possui poder de barganha maior do que determinados setores empresariais, que acabam por ditar o sistema econômico-financeiro, fortalecidos pelo potencial tecnológico, econômico e de informação, desvinculando-se do antigo poder estatal.

Na atual fase da globalização, as fronteiras geográficas são desafiadas, resultando em uma relativização da soberania estatal, enquanto as empresas transnacionais assumem um papel de destaque no mercado e na economia.

O mercado agora é visto como o único caminho viável, sobrepondo-se ao Estado e impondo suas regras e normas.

As gigantes transnacionais detêm não apenas o poder de configurar o mercado e a economia, mas também a própria sociedade, interferindo em questões de relevância social, como capital, tributos e trabalho.

O poder das empresas transnacionais, baseado em tecnologia, economia, finanças e informação, supera em muitos aspectos o poder dos próprios Estados.

No entanto, a tradicional soberania estatal não tem sido suficiente para enfrentar a influência hegemônica dessas empresas.

A questão que surge é: em meio a esse cenário, onde está e quem é o ser humano? Está sendo reduzido a meros dados e um instrumento para os lucros do mercado?

Em busca de lucro a qualquer custo, as empresas transnacionais transferem sua produção para países de desenvolvimento tardio, que muitas vezes flexibilizam legislações trabalhistas e ambientais em detrimento dos direitos fundamentais de seus próprios cidadãos.

A globalização, longe de trazer desenvolvimento para países menos desenvolvidos, muitas vezes resulta em precarização do emprego, violações de direitos fundamentais e concentração de riqueza.

Essa exclusão social contribui para o crescimento de discursos populistas e a ascensão de outsiders ao poder, ameaçando a democracia.

A ruptura entre democracia e liberalismo é evidenciada pela rejeição de instituições formais e minorias, juntamente com problemas sociais como marginalização e pobreza.

Se a democracia participativa já enfrentava desafios em sociedades complexas, a crise de representação agrava ainda mais a situação, levando ao distanciamento entre governantes e governados.

Essa exclusão de uma parcela significativa da população do crescimento global agrava problemas sociais típicos de países subdesenvolvidos, como precarização do emprego, pobreza e fome.

Também foram infrutíferas as tentativas de implementação do socialismo como substituto do sistema capitalista, assim como as teorias utilitaristas que visavam maximizar a felicidade para o maior número possível de pessoas.

O cerne do utilitarismo reside no "princípio da utilidade", que postula que uma ação é moralmente correta na medida em que resulta no maior bem-estar ou felicidade para o maior número de pessoas afetadas por ela. O que é considerado "útil" é determinado em termos de prazer e ausência de dor.

Se uma ação resulta em um aumento "líquido" de felicidade, é considerada moralmente correta, independentemente de regras preexistentes. Esse aumento líquido é calculado somando-se o prazer obtido e subtraindo-se a dor eventualmente causada.

Uma objeção comum é o risco de violação dos direitos individuais, especialmente das minorias, e outra é que os valores relacionados à dor e à felicidade não são universais, ou seja, não são valores compartilhados por todos; uma ação pode causar dor a alguns e felicidade a outros.

Outra objeção é que o bem comum não deve ser confundido com o bem da maioria, como um simples cálculo matemático. O bem comum refere-se ao bem de

todos, ou pelo menos da maioria, mesmo que façam parte de minorias dentro da sociedade.

Diante desse contexto, o papel contra majoritário do Poder Judiciário ganha destaque como um instrumento para impor limites ao capitalismo.

O socialismo surge como uma ideologia política, econômica e social que busca promover a igualdade econômica e social, a propriedade coletiva ou estatal dos meios de produção e a eliminação das desigualdades inerentes ao capitalismo. No entanto, historicamente, o socialismo não conseguiu promover um progresso econômico e político sustentado, apesar de alguns avanços sociais. Os partidos marxistas falharam em atender às demandas dos trabalhadores, levando à desilusão popular com esses partidos, que não cumpriram suas promessas históricas de transformação social em duas etapas: primeiro tomar o poder do Estado, e depois transformá-lo.

O capitalismo moderno, caracterizado por relações de produção baseadas na propriedade privada dos meios de produção e pela busca de lucro, estabeleceu-se no século XIX e continuou a expandir-se ao longo do século XX. A teoria econômica clássica, representada por pensadores como Adam Smith e David Ricardo, contribuiu para moldar os fundamentos ideológicos do capitalismo.

Atualmente, enfrentamos a necessidade de reavaliar o capitalismo. Não estamos propondo a substituição do sistema capitalista por outro, especialmente à luz das tentativas fracassadas, particularmente na adoção socialista em alguns Estados, que acabaram fortalecendo ainda mais o capitalismo como o sistema "vitorioso".

Nosso objetivo é promover um capitalismo que esteja alinhado com os valores sociais de igualdade, dignidade, justiça social, proteção do consumidor e do meio ambiente. Isso requer uma mudança nos valores da sociedade e uma nova compreensão do sistema capitalista em comparação com sua origem histórica.

A Constituição oferece uma base sólida para a ordem econômica, buscando reduzir a intervenção excessiva em favor de um modelo liberal de capitalismo descentralizado e baseado na economia de mercado. No Brasil, os princípios que regem a ordem econômica são delineados no artigo 170 da Constituição Federal.

Embora o Brasil adote um modelo de Estado liberal e uma economia de mercado, ainda há intervenção estatal nas atividades econômicas. O mercado deve ser regulado pelo Direito, e não o contrário.

O artigo 170 da Constituição Federal reflete a intenção do legislador constituinte de equilibrar o liberalismo característico do capitalismo com o humanismo democrático, garantindo tanto a livre iniciativa quanto a valorização do trabalho humano, mas com o objetivo explícito de garantir uma existência digna para todos, em conformidade com os princípios da justiça social.

O princípio da força normativa da Constituição implica que uma norma só é considerada Lei Fundamental de um Estado se abordar os fundamentos da nação e os anseios da sociedade.

A legislação infraconstitucional segue as diretrizes estabelecidas pela Constituição, buscando conciliar os interesses do mercado com a proteção dos direitos fundamentais, como evidenciado em leis como a de proteção de dados e a de prevenção e proteção contra o superendividamento.

Além disso, há indícios dessas diretrizes na jurisprudência dos tribunais superiores.

O termo "consequencialismo" tem sido objeto de debates doutrinários, suscitando discussões sobre seu significado e sua utilização como uma solução para os problemas da justiça ou como uma fonte de ativismo judicial e arbitrariedade. Nossa posição tende a favorecer a primeira abordagem.

A análise dos efeitos de uma decisão no momento de proferi-la não é uma escolha, mas sim uma prática orientada pelo próprio Código de Ética da Magistratura desde 2008 e, desde 2018, pela lei de introdução às normas do direito brasileiro.

Conforme estabelecido pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, adicionado pela Lei 13.655/2018, as decisões tomadas em esferas administrativas, de controle e judiciais não devem se basear apenas em valores abstratos, sem considerar as consequências das decisões.

Portanto, o legislador determina que as consequências decorrentes das decisões devem ser consideradas antecipadamente, e a avaliação da qualidade de uma decisão deve ser feita com base nas consequências que dela advêm.

O uso do consequencialismo para proteger os direitos fundamentais deve ser realizado através da aplicação dos precedentes judiciais previstos em nosso sistema

legal, que hoje pode ser considerado um sistema intermediário entre a civil law e a common law.

No Brasil, os precedentes muitas vezes são confundidos com teses estabelecidas pelos tribunais, na forma de súmulas, para serem aplicadas em casos futuros.

Contudo, ao reduzir o precedente a um texto curto, corremos o risco de simplificar demais sua interpretação, pois assim como há divergências na interpretação da lei, também pode haver na interpretação das teses estabelecidas, uma vez que o precedente é fundamentado nas razões que levaram à decisão, não apenas na decisão em si.

Além disso, há um problema com as funções atribuídas a cada uma das cortes superiores.

Não é porque o raciocínio do decisor tem que considerar a Constituição que se está diante de uma questão constitucional. Não se pode confundir o objeto da interpretação com a diretiva da atividade, o critério, para a interpretação.

A interpretação conforme a Constituição é um critério interpretativo da lei. Ao fazê-la, o magistrado se vale do texto constitucional para interpretar o texto da lei, sendo este último o objeto da interpretação, ao passo que o texto constitucional é o critério, a diretiva da atividade de interpretar.

Estabelecida a distinção entre objeto e critério, bem como a função institucional do Supremo Tribunal Federal, podemos então afirmar que não basta a afirmação de que a interpretação do tribunal está em desacordo com a Constituição, para que tenha cabimento o recurso extraordinário e para que o Supremo Tribunal Federal assuma a sua função de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal não tem a função de definir a interpretação da lei, utilizando como critério a Constituição, e sim a função de controlar a constitucionalidade de uma interpretação.

A revisão de um precedente deve ser realizada com cautela, considerando a evolução social e jurídica. Alterações em teses consolidadas podem ser precedidas por audiências públicas e envolvimento de partes interessadas.

Nossa sugestão é que a alteração de um precedente já estabelecido exija um quórum qualificado, para evitar modificações constantes e garantir uma maior estabilidade ao sistema jurídico.

Assim, concluímos:

- a) pela insuficiência das teorias jusnaturalistas e juspositivistas na garantia dos direitos fundamentais no sistema capitalista;
- b) pela relação da dignidade da pessoa humana com as diversas concepções de humanismo, e o capitalismo como sistema individual e alicerçado no interesse egoístico, a depender da concepção adotada;
- c) pelos reflexos do estágio atual da globalização no capitalismo, nos direitos fundamentais relativizados, e na própria democracia, como resultado do enfraquecimento da soberania estatal e das fronteiras territoriais. A exclusão de parcela da população do crescimento global, o protagonismo das empresas transnacionais, e o capitalismo predatório, contrário aos ditames constitucionais;
- d) pela força normativa da Constituição Federal, e a obrigatoriedade de aplicação das normas dirigentes, em especial daquelas que garantem o direito à propriedade privada e à livre concorrência, bases do capitalismo, mas desde que visando o bem-estar coletivo, a proteção ambiental, os direitos do consumidor e a existência digna de todos. Desnecessária a fundamentação nos direitos naturais e nos ensinamentos de Jesus Cristo, como prega o capitalismo humanista, até mesmo porque já temos a positivação dos limites do sistema capitalista da forma como adotado, cabendo agora, na fase seguinte, eminentemente ao Poder Judiciário garantir a efetividade de tais normas;
- e) para tanto, com vistas ao equilíbrio das normas aparentemente contraditórias, e à proteção dos direitos fundamentais, defendemos a adoção do consequencialismo, cabendo ao aplicador do direito e intérprete da Constituição decidir de acordo com as consequências, adotando a interpretação que traga máxima efetividade às bases capitalistas, mas também aos direitos fundamentais.

Para tanto, deverá se valer da força dos precedentes na interpretação da Constituição, vinculando todos os demais órgãos do judiciário e da administração. Por outro lado, devemos dificultar a mudança do conteúdo de um precedente, pois este deve ser formado a partir do entendimento institucional da Corte, e não da mera soma de

entendimentos individuais, notadamente nos casos em que a nomeação de Ministros se dá por critérios políticos, fazendo-se necessária uma despolitização do judiciário.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito**: retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Ética e retórica** – Para uma teoria da dogmática jurídica. 5^a edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A retórica constitucional** – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício; ROSSINI, Luiz Felipe. Função social do capitalismo humanista e democracia (i)liberal no Brasil. In: **Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado I**. Org: CONPEDI. Coord.: José Filomeno de Moraes Filho; José Sérgio Saraiva; Marcos Antônio Striquer Soares. Florianópolis: CONPEDI, 2023, p. 23/39.

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad.: Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina Editora, 1980.

ARAÚJO, Cicero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. In: **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx Boron. São Paulo: CLACSO; DCP-FFLCH, USP, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção Os Pensadores V. 2. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4^a edição. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARROYO, Miguel Gonzalez. **Outros sujeitos, outras pedagogias**. Petrópolis: Vozes, 2012.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. N. 67. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Caminho, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 99, jul./set.2000. Disponível em:

<<http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLO%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf>> Acesso em 21 de maio de 2021.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista de Processo**, v. 27, n. 105. São Paulo: RT, 2002.

BARROS, Matheus de. Dois realismos jurídicos: estadunidense e escandinavo. In: **Estado da Arte**. São Paulo: 2021. Disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/realismos-juridicos-matheus-barros/> Acesso em 11 de maio de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**. V. I, nº 6. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, setembro, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad.: Plínio Dentziem. 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?* Trad.: Bernardo Moreno; Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **Un nuevo mundo feliz** – La precariedad del trabajo em la era de la globalización. Barcelona: Paidos, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENACCHIO, Marcelo; MACIEL, Renata Mota. A LGPD sob a Perspectiva da Regulação do Poder Econômico. In: **Comentários à lei geral de proteção de dados**: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019. Coord.: Cíntia Rosa Pereira de Lima. São Paulo: Almedina, 2020.

BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basílio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (Org.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQINI, Eliete Doretto (Coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 13-28. Disponível em: <<http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf>> Acesso em 21 de maio de 2021.

BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II**: vulnerabilidade de inclusão. São Paulo: RT, 2016.

BENTHAM, Jeremy. Crítica à doutrina dos direitos naturais e inalienáveis. In: **E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, Brasil, v. 12, n. 30, p. 11–22, 2019. DOI: 10.51206/e-legis.v12i30.559. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/559>. Acesso em: 6 ago. 2023.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad.: Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Abril, 1974.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2ª edição. São Paulo: Almedina, 2022.

_____. **Soberania e Constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. 2^a edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNSTEIN, Eduard. **Socialismo evolucionário**. Trad.: Manuel Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad.: Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

_____. **Liberalismo e democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

_____. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradutora: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **Le nouvel esprit du capitalisme**. Paris: Editora Gallimard, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad.: Rosa Freire Aguiar. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisus**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. E-book. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça, 2007.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. **A Constituição contra o Brasil**: Ensaios de Roberto Campos sobre o constituinte e a constituição. São Paulo: LVM, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRIÓN, Júlio F.. **Democracia iliberal y normativa: ¿Cómo se define la democracia en las Américas?** Disponível em https://my.vanderbilt.edu/seligson/files/2013/12/Spanish_version_ChallengestoDemocracyinLatinAmericaandtheCaribbeanformatted_Dom_V5.pdf#page=53 Consultado em 04 de julho de 2021.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Introdução à história da filosofia.** V. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COELHO, Bruna da Penha de Mendonça. Trabalho por plataformas digitais na Alemanha: uma análise sobre o mercado de trabalho e a decisão judicial 9 AZR 102/20 da Corte Federal Trabalhista (Bundesarbeitsgericht). In: **Revista de Ciências Sociais.** Nº 55, Junho/Dezembro de 2021. Disponível em <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/politicaetrabalho/article/view/59776/35223> Acesso em 01 de junho de 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista.** 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Eder Dion de Paula; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Trabalho e renda e resgate da cidadania para empreendimentos populares. In: **Empresa, funcionalização do Direito e sustentabilidade.** SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (Coordenadores). São Paulo: Clássica, 2013.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia Antiga e de Roma. Tradução: Edson Bini. 4^a edição. São Paulo: EDIPRO, 2009.

CRISP, Roger. **Routledge Guide Book on Mill's on Utilitarianism.** Oxford: University Press, 2006.

CROUCH, Colin. **Posdemocracia**. Madrid: Taurus, 2004.

D'ATENA, Antônio. Democracia iliberal e democracia direta na era digital. In: **Revista da AJURIS**, v. 47, n. 149, 2020, p. 315-334. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1152> Consultado em 04 de julho de 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 5^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR.. Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 16^a edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR.. Freddie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 15^a edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 28^a edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

DOMINIQINI, Eliete Doretto. **A relação entre Direitos Humanos e Economia Corporativa Global – caminhos jurídicos e perspectiva**. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2015.

DONIZETE, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. 2014. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 29 de maio de 2024.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global**: assimetrias, instabilidades, e imperativos de legitimação. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4^a edição. São Paulo: Biblioteca azul, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2^a edição. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. V. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOODHART, Arthur L. **Precedent in English and continental law**. Londres: Stevens and Sons, 1934.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10^a edição. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7^a edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradutor: Paulo Geiger. E-book. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

_____. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. Trad.: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

_____. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. Trad.: Jorio Dauster. E-book. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Coleção Folha – Os pensadores. V. 29. Trad.: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Folha de São Paulo, 2022.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2015.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, n. 5. Disponível em <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf> Acesso em 11 de maio de 2024.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da Moral**. Trad.: José O. de Almeida Marques. Campinas: Unicamp, 1995.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. In: **Revista de Direito Mercantil**, n. 145, p. 44-49. São Paulo: Malheiros, 2007.

JORGE, André Guilherme Lemos; 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. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/ebook%20uninove/ebooks/direito%20empresarial%20v%203.pdf?_ga=2.10743345.460918210.1610110914-1815307660.1602040896> Acesso em 21 de maio de 2021.

KELSEN, Hans. **Que es la justicia?** Buenos Aires: Leviatan, 1981.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego** – la nación europea, señorío humanista (siglos XIV-XVII). México: FCE, 2005.

LÊNIN, V. I. **As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo**. São Paulo: Global, 1979.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LLEWELLYN, Karl N. **The Theory of Rules.** Chicago; London: The University of Chicago Press, 2011.

LOPES, Mônica Sette. **Direito e comunicação:** uma perspectiva caleidoscópica. E-book. São Paulo: Dialética, 2023.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Trad.: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. **Acesso à justiça** – Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil.** 2. ed. v. XV. (arts. 926 ao 975). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Nota sobre as conclusões do banco mundial em matéria de superendividamento dos consumidores pessoas físicas. In:

Revista de Direito do Consumidor, vol. 89/2013, p. 453–457, Setembro-Outubro / 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da comarca de Porto Alegre (2007 A 2012) e o "observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ". In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99/2015, p. 411 – 436, Maio-Junho / 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 2^a edição em ebook baseada na 8^a edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos bancos (2.591. In: **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção – Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor**. V. 2., p. 51/93. Org.: Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall.** Trad.: Americano Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1903.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **Manifesto do Partido comunista.** Trad.: José Barata Moura. 1948. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1848/ManifestoDoPartidoComunista/index.htm> Acesso em 26 de maio de 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law:** uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. 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.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILANOVIC, Branko. **Capitalismo sem rivais**: o futuro do sistema que domina o mundo. Trad.: Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Todavia, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental. In: **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção – Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor**. V. 2., p. 25/49. Org.: Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Ratio decidendi**: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta? São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 6^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NALINI, José Renato. Consequencialismo: urgente, nefasto ou modismo? In: NALINI, José Renato; MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel.

Consequencialismo no poder judiciário. São Paulo: Foco, 2019, p. 29/41.

_____. **Ética geral e profissional**. 9^a edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

_____. **Direitos que a Cidade Esqueceu**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A rebelião da toga**. Campinas: Millenium, 2006.

OLIVECRONA, Karl. **Linguagem jurídica e realidade**. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Registro Imobiliário**. 2^a edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, e-book.

PESSOA, Fernando. **Poemas completos de Alberto Caeiro**. 2^a edição. São Paulo: Ática, 2013.

PICOLI, Rogério Antônio. Utilitarismo, Bentham e a história da tradição. Existência e Arte – **Revista Eletrônica do Grupo PET – Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei – Ano V – Número V – 2010**. Disponível em https://www.academia.edu/1429900/Utilitarismos_Bentham_e_a_hist%C3%B3ria_da_tradi%C3%A7%C3%A3o Acesso em 25 de maio de 2024.

PIRES, Álvaro. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, J.; DESLAURIERS, J.P.; GROULX, L. A.; MAYER R.; PIRES A.P. (orgs.). **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Trad.: Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 43-94.

POSNER, Richard A.. **Para além do Direito**. 1^a edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27^a edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Filosofia do Direito**. 9^a edição. São Paulo: Saraiva, 1982.

REICH, Robert B.. **Saving Capitalism: For the Many, Not the Few**. New York: Vintage Books, 2015.

_____. **Aftershock: A economia que se segue e o futuro da América**. Alfragide: Dom Quixote, 2010.

_____. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Trad.: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad.: Edson Bini. 3^a edição. São Paulo: Edipro, 2021.

_____. **Tû-tû**. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier latin, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Coleção Folha Os Pensadores. V. 11. Trad.: Paulo Neves. São Paulo: Folha de São Paulo, 2021.

_____. **O contrato social**. Trad.: Edson Bini. 2^a edição. São Paulo: Edipro, 2015.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 2^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANDEL, Michael J.. **O descontentamento da democracia**: uma nova abordagem para tempos perigosos. Trad.: Livia Almeida. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023.

_____. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Trad.: Bhumi Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

_____. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Trad.: Heloísa Matias; Maria Alice Máximo. 27^a edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

_____. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad.: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Eurozine. Disponível em: <https://www.eurozine.com/os-processos-da-globalizacao/> Consultado em 04 de julho de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado. In: **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção** – Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor. V. 2., p. 227/285. Org.: Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Trad.: Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator Caph: Capitalismo Humanista a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2020.

_____. **O Capitalismo Humanista**. Petrópolis: KBR Digital, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad.: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMMEL, Georg. **A moda**. Tradução: Antônio Carlos Santos. São Paulo: 2008. Disponível em https://www.ufjf.br/posmoda/files/2008/07/07_IARA_Simmel_versao_final.pdf Acesso em 30 de maio de 2024.

SLEE, Tom. **Uberização**: a Nova Onda do Trabalho Precarizado. Trad.: João Peres. São Paulo: Elefante, 2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: Investigação sobre sua natureza e suas causas. Vol. I. Trad.: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova cultural, 1996.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad.: Ordep Serra e Sueli de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2017.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Trad.: Denise Bottmann. Coleção Folha os pensadores, v. 24. São Paulo: Folha de São Paulo, 2022.

_____. **Autobiografía**. Madrid: Alianza, 2008.

_____. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

_____. **A Liberdade/Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e história**. Trad.: Bruno Costa Simões. Coleção Folha os pensadores, v. 30. São Paulo: Folha de São Paulo, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** – Lei de introdução e parte geral. 17^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. Trad. Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. **Revista Jurídica**, Santiago de Cali, Colômbia. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>. Acesso em 01 de junho de 2024.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito**: Introdução à Filosofia Jurídica. Lisboa: IN-CM, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do STF. In: **Revista de direito tributário atual**. Nº 24, p. 439/463. São Paulo: Dialética, 2010. Disponível em <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1653> Acesso em 02 de junho de 2024.

TRINDADE, Sérgio L.B. A ética utilitarista de John Stuart Mill. In: **Revista da FARN**. v.4, n.1/2 p.93-108. Natal. jul.2004/dez.2005.

VAILATTI, Diogo Basilio. **A regulação jurídica das empresas transnacionais na era da globalização**. Curitiba: CRV, 2017.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

VASQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

WARAT, Luiz. **O Direito e sua Linguagem**. 2^a edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 2^a edição. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2^a edição. São Paulo: Alfa-ômega, 1997.

ZAKARIA, Fareed. **The rise of illiberal democracy**. Disponível em:
<https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>.
Consultado em 04 de julho de 2021.

ZITELMANN, Rainer. **O capitalismo não é o problema, é a solução**: uma viagem pela história recente através de cinco continentes. Trad.: Patrícia Corrêa. São Paulo: Almedina, 2022.