

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

LEONEL SEVERO ROCHA

MARCELO TOFFANO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-901-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 25 de junho de 2024, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Leonel Severo Rocha, José Alcebíades de Oliveira Júnior e Marcelo Toffano que envolveu vinte cinco artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, é de autoria de David Goncalves Menezes e Adriana Ferreira Pereira, cuja temática é a seguinte: “A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A ESCALADA DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO ENTRE HEIDEGGER, GADAMER E ISAIAH BERLIN”. A pesquisa tem como objetivo investigar correspondências entre os pensamentos de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e a proposta de Isaiah Berlin como referenciais às construções de valores em sociedades que, simbolizam determinadas concepções, atribuindo sentidos aos seus modos de convivência, demonstrando-se, ao final, que a proposta de proteção do meio ambiente surge em decorrência de determinada situação histórica que as sociedades se encontram, não dispostas em sua plenitude às sociedades pretéritas, razão pela qual a genealogia de valores, essas construções sociolinguísticas, são situadas no tempo-espaço, não sendo diferente com o Direito Ambiental. Contudo, mesmo diante dessa valoração intrínseca da natureza, permanece o problema de sua degradação.

“A INTERAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO CULTURAL E A FILOSOFIA DE HEIDEGGER: UMA REFLEXÃO SOBRE IDENTIDADE, MEMÓRIA E

POSSIBILIDADES DE SER”, de autoria de Priscila Kutne Armelin e Jussara Schmitt Sandri, tem o propósito de apresentar, uma análise, da interação entre o conceito de patrimônio cultural, conforme definido no artigo 216 da Constituição Federal, e a filosofia de Martin Heidegger, especialmente sua obra "Ser e Tempo". O objetivo é investigar como o patrimônio cultural, ao abordar a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos sociais, estabelece uma conexão entre o passado e o futuro, atuando como um processo de ativação da memória coletiva no presente.

Fernando Rodrigues de Almeida e Helber ribeiro Araújo, apresentaram o artigo “A NATUREZA DINÂMICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: EM DEFESA DE UMA ANÁLISE GENEALÓGICA”. Este trabalho aborda um estudo acerca da complexidade dos direitos da personalidade com o objetivo de problematizar a natureza dinâmica desses direitos, focando na interação entre conceitos de direito e personalidade além das estruturas de poder e conhecimento que os influenciam. Realizou-se um estudo acerca do problema central que é a estrutura paradoxal de natureza dos direitos da personalidade e conseqüentemente uma necessidade de uma genealogia como forma de investigação desses direitos, de forma que sejam observados fora de um tempo mecânico, mas sim a partir de estruturas de poder-saber.

“A PERCEPÇÃO DE DIREITOS COMO ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INOVADORA DO CONHECIMENTO JURÍDICO VOLTADO À DEMOCRACIA”, é de autoria de Julia Mattei e Gabriela Souza da Mota, que realizaram uma investigação sobre como a pesquisa de percepção de direitos pode contribuir para a construção do conhecimento jurídico alinhado aos ideais democráticos.

“A SENDA DO PARADOXO DAS MÃES DE HAIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM NOVO DIREITO INTERCULTURAL SOB O VIÉS DO DIREITO REFLEXIVO TEUBNERIANO”, cujas autores são Magda Helena Fernandes Medina Pereira e Leonel Severo Rocha, analisam os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, e, de forma específica, as singularidades sociais e jurídicas que permeiam o paradoxo de mães de Haia brasileiras (vítimas de violência doméstica no exterior e sujeitas a serem criminalizadas como “sequestradoras” dos próprios filhos), bem como, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural.

Luciana dos Santos Lima e Dennys Damião Rodrigues Albino, desenvolveram um estudo sobre “A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO”. Seu objetivo, foi analisar a relação dos precedentes

com a teoria do Direito como integridade criada por Dworkin, passando por algumas considerações acerca da integridade que decorre da Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se evidenciar a integridade existente no sistema jurídico brasileiro como consequência da ordem constitucional vigente, expor a teoria do Direito como integridade defendida por Dworkin e discutir a relação entre o sistema de precedentes brasileiro e a ideia de integridade do Direito a partir da teoria construída por Dworkin.

“A VERDADE E O RELATOR VENCEDOR: ASPECTOS DE UMA POSSÍVEL HERMENÊUTICA-RETÓRICA JURÍDICA VALORATIVA”, apresentado pelas autoras, Juan Pablo Ferreira Gomes, aborda uma investigação sobre a suposta crise experimentada na hermenêutica jurídica em face das mudanças paradigmáticas trazidas pela viragem ontológico-linguística proposta por Heidegger e Gadamer respectivamente

Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira apresentaram o trabalho “ACOPLAMENTO OPERACIONAL E CONFLITOS INTERSISTÊMICOS: ENTRE O TRANSDISCIPLINAR E O SISTÊMICO EM LUHMANN E TEUBNER”, que tem o intuito apresentar um estudo sobre A teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Desta maneira, enfrenta-se o problema da transdisciplinaridade, por meio de conceitos como o de acoplamento estrutural, examinando os eventos sociais conforme se apresentam em um contexto específico de análise. O objetivo desta comunicação, portanto, é relacionar estas noções com a ideia de conflitos intersistêmicos de Gunther Gunther Teubner.

“ACÓRDÃOS DO STF E OS CONFLITOS SOBRE A DISPENSA OU NÃO DO ADVOGADO: CONTRIBUIÇÃO PARA PERSPECTIVAS DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA”, foi o trabalho demonstrado por seus autores, Luciano Mamede De Freitas Junior, Jose Claudio Pavão Santana e Alan Rodrigo Ribeiro De Castro. A pesquisa teve como objetivo, analisar compreender no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) os conflitos sobre a dispensa ou não do advogado nos processos jurídicos e as perspectivas das instituições do sistema de justiça do Brasil.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Henrique Ribeiro Cardoso , André Felipe Santos de Souza e Ellen Tayanne Santos Copeland De Sá, são os autores do trabalho, “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HERMENÊUTICA GARANTISTA COMO BALIZADORA DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL”, que possui o propósito de estudar o poder discricionário da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo, impondo-se assim, a necessidade de construção de uma hermenêutica de inspiração garantista que busque balizar a atuação discricionária dos agentes públicos.

Richiele Soares Abade, apresentou artigo tratando da temática “CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DE RICOEUR”, onde se apresenta a contribuição de Paul Ricoeur para entender da justiça e sua relevância na concretização dos Direitos Humanos. O referido autor leciona que justiça está intrinsecamente ligada às normas morais e pode ser entendida através de uma estudo em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

“DA LIBERDADE DOS MODERNOS COMPARADA À LIBERDADE DOS CONTEMPORÂNEOS” de autoria de Guilherme Borges Cilião e Clodomiro José Bannwart Júnior, tem por pressuposto, realizar um estudo dialético-comparativo do texto 'Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos', de autoria de Benjamin Constant, que ampara o conceito de liberdade na obediência apenas às leis, com textos de teorias contemporâneas do direito.

Aline Trindade do Nascimento e João Martins Bertaso, apresentaram o trabalho com o tema “DEMOCRACIA E ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT”, em que analisam, dentre vários aspectos, a democracia e a eco-cidadania a partir da teoria de Luís Alberto Warat. Para o referido autor, Democracia é lugar de autonomia, demandando o desenvolvimento de impulsos de vida e das necessidades afetivas. Também é preciso ecologizar o conceito de cidadania, percebendo-a como cuidado frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação, como a possibilidade de algo mais digno para a vida em sociedade. A eco-cidadania é um trabalho cartográfico sobre o desejo, relacionando-se com todas as formas de viver, com a vontade de criar, de amar e de inventar uma outra sociedade.

“DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS SOBRE O PATRIARCADO, O CONTRATO SEXUAL E O MITO DE MEDUSA”, é o tema da pesquisa de Felipe Rosa Müller , Jacson Gross e Paula Pinhal de Carlos, cujo intuito de estudar como o patriarcado

influencia o acesso à justiça, explorando o contrato social, o Mito de Medusa e conceitos filosóficos antigos. A fundamentação teórica examina as estruturas patriarcais presentes no contrato social, as narrativas culturais que marginalizam as mulheres e as contribuições da filosofia antiga para reflexão das questões de gênero. Constatam a urgência de superar as desigualdades de gênero e criar um ambiente onde todos tenham acesso equitativo à justiça.

Luiz Carlos dos Santos Junior e Ana Maria Viola De Sousa, desenvolveram um trabalho acerca do “DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE: A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DA CONDIÇÃO DE AGENTE EM AMARTYA SEN E AS PERSPECTIVAS DE JUSTIÇA”. A referida pesquisa infere-se no propósito de aprofundar a reflexão sobre a relevância da educação como um processo essencial para o avanço social, especialmente sob a ótica de Amartya Sen, destacando as capacidades individuais na busca pela realização das liberdades.

Vinicius de Negreiros Calado, apresentou o artigo, “DISCURSO JURÍDICO E PODER: APROXIMAÇÕES ENTRE WARAT E BOURDIEU”, que busca apresentar uma análise sobre o discurso jurídico como um espaço institucional, enfatizando sua capacidade de descontextualizar e negar a subjetividade do outro sob critérios universais. É discutida a relação entre habitus e campo jurídico (Bourdieu), onde o primeiro é um conhecimento adquirido e um capital, enquanto o segundo detém o monopólio de dizer o direito. O discurso jurídico, pretendendo neutralidade, é transformado em fala política (Warat), sendo reconhecido como legítimo em função da racionalização jurídica que o torna eficaz, embora ignore seu conteúdo arbitrário.

“ÉTICA E POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO FUNDAMENTO ÉTICO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS”, da autora, Débora Alves Abrantes, tem como propósito analisar influência da ética na política pública de tratamento de dados, fundamental para garantir a proteção dos direitos individuais e a confiança na gestão de informações sensíveis. Verifica-se também que movimentos sociais e debates éticos podem levar à reforma ou criação de novas leis para refletir valores emergentes, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, elaborada em um contexto de avanço tecnológico e crescente coleta e processamento de informações.

Os autores, Cibele Faustino de Sousa, Emerson Vasconcelos Mendes e Renata Albuquerque Lima, apresentaram um artigo intitulado “HERMENÊUTICA, DEMOCRACIA E SEGURANÇA JURÍDICA”, cujo objetivo é analisar as decisões judiciais sob o novo Código

de Processo Civil, abordando-se a importância dessas decisões dos juízes através da análise de provas, destacando a construção do Direito brasileiro. A hermenêutica é fator fundamental para elaboração das decisões, destacando-se sobretudo a segurança jurídica.

“INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO COMO LITERATURA EM DWORKIN: A IMPORTÂNCIA DO ASSASSINO CORRETO”, foi o trabalho apresentado por Mario Cesar da Silva Andrade, que teve como propósito, analisar a concepção de Ronald Dworkin da aplicação do Direito a partir dos paralelos entre Direito e Literatura. A partir das semelhanças entre a hermenêutica jurídica e a interpretação literária, Dworkin se opõe a tese positivista do poder discricionário judicial diante de casos difíceis, defendendo a construção da decisão judicial como uma tarefa criativa ou construtiva, mas substancialmente conformada pelas razões de equidade que asseguram a coerência das boas práticas da história institucional da comunidade, as quais permitem, inclusive, a identificação de eventuais erros institucionais.

Renata Albuquerque Lima, Thammy Islamy Carlos Brito e Emerson Vasconcelos Mendes, apresentaram um artigo intitulado “LEGAL DESIGN E A ANÁLISE DA LEI 18.246/2022 – POLÍTICA ESTADUAL DE LINGUAGEM SIMPLES DO ESTADO DO CEARÁ: UM PROPÓSITO HERMENÊUTICO”, no qual observam a importância e o papel decisório das ferramentas de Legal Design na promoção do acesso jurisdicional brasileiro a fim de estabelecer uma linguagem mais simplificada e inteligível. Desprendido do rigor técnico, o modelo interpretativo de pré-cognição da prática decisória está alicerçado nas definições de Hermenêutica Contemporânea, que tem reconhecido novas formas de linguagens, como o Visual Law, para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, das garantias constitucionais e da celeridade processual como meio de efetividade da Justiça.

“O DIREITO NATURAL COMO ANTESSALA PARA O JUSPOSITIVISMO” foi o trabalho apresentado por Dayane Cavalcante Teixeira, Aline Marques Fidelis e Luciano de Almeida Pereira, que teve como enfoque uma revisão teórica sobre a temática envolvendo a relação entre o direito natural e o juspositivismo. Analisaram historicamente as duas correntes e seus maiores pensadores, procurando construir por meio da interpretação uma linguagem coerente, indicando resultado sistêmico. Pretendeu-se demonstrar que uma teoria, por mais coerente e estruturada que seja, não é capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos pertencentes ao direito. Mais ainda, que uma é suporte da outra, quer assim seja dispensável.

As autoras, Liège Novaes Marques Nogueira e Carolina Silvestre, dissertaram sobre o tema “O LEGADO KANTIANO RECEPCIONADO POR HANS KELSEN À LUZ DOS

QUADRINHOS PUROS DO DIREITO DE LUÍS ALBERTO WARAT”, com o seguinte propósito de expor acerca da recepção por parte de Hans Kelsen do trabalho de Immanuel Kant, a respeito das teorias do conhecimento. O estudo vem ilustrado pelos quadrinhos puros do direito, obra de Luís Alberto Warat que demonstra de forma muito conveniente o contexto e a forma como a Teoria Pura do Direito foi sendo construída por Hans Kelsen e demonstra, de forma inteligente quais entraves foram enfrentados pelo filósofo.

“O PODER DISCIPLINAR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR SOB A PERSPECTIVA FOUCAULTIANA DO PODER DISCIPLINAR E SEUS DISPOSITIVOS” foi o recorte do trabalho apresentado pelos autores, Ricardo Manoel de Oliveira Morais , Bruna Soares Novais, que teve a intenção de compreender o exercício do poder diretivo do empregador sob a perspectiva Foucaultiana de poder disciplinar e seus dispositivos. Foi feita uma análise acerca da relação da disciplina com o poder diretivo do empregador, através da análise de casos controvertidos na jurisprudência trabalhista.

Juan Pablo Ferreira Gomes, desenvolveu um trabalho intitulado “O ÚLTIMO HOMEM EM NIETZSCHE: VERDADE, DIREITO E MECANISMOS DE DISSUAÇÃO”, cujo objetivo foi investigar a relação entre verdade, valor, prova e poder a partir da perspectiva da teoria do direito, aproximando a arqueologia discursiva do inquérito, ou “política da verdade”, proposta por Michel Foucault, em articulação com os materiais teóricos-discursivos acerca da noção de verdade e poder na obra de Nietzsche e os atuais mecanismos de dissuasão do conflito-litígio, bem como suas estratégias de obtenção (im)possível da verdade.

E por fim, apresenta-se o artigo “RECONHECIMENTO DA NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: UMA NOVA ABORDAGEM NORMATIVA SOB A ÉTICA AMBIENTAL”, de autoria de Glaucia Maria de Araújo Ribeiro e Viviane da Silva Ribeiro, que apresentaram uma análise da correspondência do ordenamento jurídico brasileiro ao paradigma do novo constitucionalismo presente na América do Sul, notadamente, no Equador e Bolívia, delimitando-se a abordagem à possibilidade de interpretação do normativo pátrio sob uma nova ética ambiental.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

DA LIBERDADE DOS MODERNOS COMPARADA À LIBERDADE DOS CONTEMPORÂNEOS

THE FREEDOM OF THE MODERNS COMPARED TO THE FREEDOM OF THE CONTEMPORARIES

Guilherme Borges Cilião
Clodomiro José Bannwart Júnior

Resumo

O presente trabalho sustenta que, se para os modernos a liberdade estava assegurada pelas leis parlamentares, aos contemporâneos, está sujeita à interpretação a ela atribuída pelos magistrados. Para esse objetivo, utilizar-se-á o método dialético pela comparação do texto 'Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos' – no qual Benjamin Constant ampara o conceito de liberdade na obediência apenas às leis – com textos de teorias contemporâneas do direito. Estes últimos expõem a complexidade do fenômeno jurídico, impedindo que o direito fique restrito à produção parlamentar sem considerar os processos de juridicização; que ocorrem a partir de reivindicações legítimas advindas de fragmentos da sociedade. Essas situações não previstas nas hipóteses de incidência (suporte fático) dos documentos normativos podem se tornar direito positivo. Parte desse processo de juridicização advém da interpretação atribuída pelo poder Judiciário às leis inauguradas pelo poder competente (Legislativo). Na França moderna, os juízes estavam proibidos de interpretar o texto; o poder de julgar reduzia-se à declaração da vontade da lei (*bouche de la loi*).

Palavras-chave: Juridicização, Legitimidade jurídica, Liberdade, Hermenêutica jurídica, Direito moderno

Abstract/Resumen/Résumé

The present study posits that whereas for modern thinkers, liberty was safeguarded by parliamentary laws, contemporaries are subject to the interpretations ascribed to it. To achieve this objective, a dialectical method will be employed to compare the text 'On the Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns', wherein Benjamin Constant grounds the concept of liberty solely in obedience to laws, with contemporary legal theories that elucidate the complexity of the legal phenomenon, preventing law from being confined to parliamentary production without considering processes of juridification. This process arises from legitimate claims originating from segments of society, from situations not anticipated in the factual bases of legal norms; however, they may evolve into positive law. A portion of this juridification process stems from the interpretation ascribed by the Judiciary to laws promulgated by the competent Legislative authority. In modern France, judges were prohibited from interpreting the text; their power to adjudicate was limited to expressing the will of the law (*bouche de la loi*).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juridicization, Juridical legitimacy, Freedom, Juridical hermeneutics, Modern law

INTRODUÇÃO

À época da Revolução Francesa, orientado por valores iluministas, Benjamin Constant comparou a liberdade entre os antigos e os modernos, chegando à conclusão de que apenas as leis seriam fontes de segurança jurídica.

Em seu discurso, indaga seu auditório – pretensamente universal – com a seguinte provocação: “Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade.” Constant responde prontamente que é ‘(...) para cada um o direito de não se submeter senão às leis.’ (CONSTANT, 1985, p. 12)

No entanto, a resposta dos modernos é insuficiente aos contemporâneos, por estar fundamentada à epistemologia do liberalismo e sua carga axiológica no princípio da legalidade e do juiz inanimado.

Os valores da sociedade são os referenciais que possibilitam a existência de um universo simbólico, intersubjetivamente compartilhado. No caso do liberalismo, em meados da modernidade, foi possível um “consenso” de que o direito deveria ser assegurado pela lei parlamentar, especificamente para proteger o direito de propriedade – personificação concreta da abstração liberdade.

O parlamento era representativo da população como um todo, mas composto pela burguesia – classe social que havia ascendido economicamente e buscava o poder político, conquistado mediante a revolução de 1789 em França.

Assim, com o aprimoramento da sociedade, da ascensão de novas classes ao *status* de sujeitos de direitos – como os trabalhadores das revoluções de industrialização – surgiram novos direitos a partir de reivindicações legítimas à condição de direitos positivos. Fato que pode ser encontrado no instituto da greve, que começou como uma “ferramenta” de desobediência civil e alcançou posição de norma jurídica posta. A incorporação dos direitos do consumidor, do direito ambiental; o aprimoramento de institutos do direito civil, como a união estável homoafetiva e o conceito de família, são outros exemplos de juridificação que ocorreram apesar da lei regulamentadora.

Desses acontecimentos, é evidente que a sociedade está se fragmentando, resultando na revisão e, em alguns casos, na superação dos valores tradicionais da

modernidade, conforme estabelecidos pelo direito burguês. Novos valores antagônicos estão emergindo dentro do mesmo espaço e período de tempo.

Consequentemente, a lei, que antes era vista como o reflexo da moral convencional do Parlamento, não pode mais ser considerada a única referência para o indivíduo, a comunidade e o Estado. Isso se deve à transição para uma realidade social pós-convencional que está ocorrendo na contemporaneidade.

1. A LEI PARA OS MODERNOS

O princípio da legalidade foi instituído para delimitar as liberdades positivas e negativas tanto do indivíduo quanto do Estado. Em apertada síntese, a modernidade pode ser entendida na perspectiva de que é o resultado de uma transição do poder político, econômico e jurídico e da ascensão de novos valores diante da queda do *Ancien Regime*.

A instituição do princípio da legalidade pressupunha o império da representação popular e para atender essa perspectiva, reduziu o direito à lei. Logo, o direito não estaria na correspondência da justiça, mas no fato de ter sido produzido por uma autoridade competente. (MARINONI, 2019, p. 57)

Por conseguinte, o parlamento tornou-se o órgão competente à inauguração das leis, e assim, acabou por concentrar o poder político, subordinando os demais poderes que,

[...] assumiram posições óbvias de subordinação: o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, sendo que o Judiciário poderia apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O Legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, p 2019, 58)

Contudo, reduzindo o direito à legalidade, o Estado Liberal entrou em crise, pois se a legitimidade da norma era atribuída apenas à formalidade e competência sem se preocupar com a justiça, o direito não poderia se adequar a realidade social, como de fato não ocorreu.

A legalidade moderna acabou por estabelecer que a liberdade dos cidadãos estava delimitada por tudo o que a lei não vedasse, e o poder Administrativo tinha sua

liberdade restrita ao que a lei autorizasse. Deste modo, é possível concluir que nesse modelo o conteúdo da lei resta à dependência dos representantes que estiverem conduzindo o poder.

Na comparação entre os antigos e os modernos, Constant identifica a guerra como meio dos antigos atingirem seus fins desejados, enquanto os modernos alcançavam este objetivo por meio do comércio. Os modernos tinham uma tendência para a paz. (CONSTANT, 1985, p. 12)

Esse *modus vivendi* acabou enfatizando que a liberdade dos modernos fosse direcionada à vida privada, e a independência individual se tornou a primeira das necessidades modernas, e jamais poderia ser sacrificada em prol da liberdade política que os antigos tanto prezavam.

A liberdade política dos modernos foi outorgada pelo povo aos representantes parlamentares, de modo que inaugurassem leis que assegurassem as transações privadas, a mínima interferência do Estado nas relações econômicas horizontais, e segurança nas regras de tributação.

Assim, a filosofia liberal acabou por justificar um novo modelo de Estado (Estado Liberal), a partir do fundamento do princípio da legalidade, instituído como ato supremo do Estado a lei, nada podendo se chocar com ela, pois criada pela representação popular. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidier, delimitam que:

É preciso ter em conta que uma das ideias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda a lei é pôr limites à liberdade individual. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 31)

No estudo desses autores, o Estado liberal tem dois princípios típicos, o primeiro é o da distribuição, que pressupõe o indivíduo como anterior ao Estado, atribuindo-se à ele liberdade ilimitada; diferente do Estado, que só intervém de modo limitado. O segundo princípio é o da organização; em que o poder do Estado é repartido e encerrado em competências limitadoras por critérios legais. (Ibidem, p. 35)

A fim de atender a noção de liberdade proposta pelo Estado Liberal de Direito, a lei deveria ser criada com as características de generalidade e abstração, para o alcance de uma igualdade formal; evitando qualquer tipo de discriminação. Acreditava-se que a

lei abstrata poderia agasalhar quaisquer hipóteses futuras – nela depositava-se toda a segurança jurídica. Isso evitava que o legislador ficasse a todo momento produzindo novas leis.

Benjamin Constant, fundamenta seu discurso de diferenciação sustentando que os antigos não tinham consciência dos direitos individuais. (BONAVIDES, 2014, p. 146)

O Estado Liberal de Direito institucionalizado na França de Benjamin Constant, como já mencionado, proibia o juiz de interpretar a lei, ou seja, os julgamentos deveriam ser a reprodução precisa dos textos legislativos. A teoria de Estado desenvolvida pautava-se no mito do juiz inanimado que apenas declarava o significado preexistente dado pelo legislador por meio de operação silogística. (MITIDIERO, 2017, p. 42)

Os revolucionários acreditavam que a interpretação dos juízes poderia corromper a lei, isso ocorria porquê no antigo regime havia abusos interpretativos praticados pelo poder judiciário. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 34)

Contudo, os contemporâneos se depararam com o problema da equívocidade dos textos e a vagueza das normas, resultando em dúvidas interpretativas a respeito do significado dos textos.

Portanto, aos contemporâneos cabe o dever de reduzir a indeterminação do direito, e isso só se torna possível pela atividade de interpretação justificada em uma coerência universalizável.

O problema da indeterminação do direito se agrava com a complexidade social no mundo contemporâneo, pois, antes os modernos instituíram um Estado, diga-se, homogêneo, voltado aos interesses da classe burguesa, que ascendeu politicamente mediante seu fortalecimento econômico e a queda do regime econômico feudal.

A metodologia do direito adotada pelo liberalismo dos modernos foi o positivismo jurídico. (Ibidem, p. 37) O direito positivo liberal sustentava que a lei inaugurada pelo órgão competente do Estado, o poder Legislativo, era pronta e acabada, e ao juiz bastava declará-la, pois sustentava-se inexistência de lacuna no direito.

O positivismo jurídico tinha por pressuposto a validade das normas instituídas conforme a competência hierárquica, o que se determinava era se o procedimento de inauguração da norma estava sendo observado. À vista disso:

[..] o positivismo jurídico não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. (Ibidem, p. 39)

O positivismo jurídico acabou por se tornar ideologia quando em verdade foi instituído para viabilizar a ideologia liberal dos modernos. (Ibidem, p. 39)

Consequentemente, a instrumentalização do direito somente na lei pronta e acabada, afastou o procedimento dialético da metodologia de aplicação por subsunção que tem suas premissas por inquestionáveis, quando a dialética é exatamente o questionamento das premissas.

Isso acabou por influenciar o conceito de jurisdição à aplicação do direito no caso concreto.

Entretanto, a metodologia adotada pelo positivismo jurídico equivoca-se em calcar-se exclusivamente ao cognitivismo interpretativo e ao logicismo aplicativo, uma vez que as normas jurídicas não preexistem ao ato de interpretação, seu resultado não é sempre unívoco, pois invariavelmente pode ocorrer uma pluralidade de resultados racionais da interpretação de um mesmo texto. Essa hipótese pode ser expressada pela ilustração de Calamandrei, quando sugere que:

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão de notar duas paisagens completamente diferentes, tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. (CALAMANDREI, 2013, pp. 87-88).

Deste modo, a liberdade dos modernos, reduzida à ideia de legalidade para a proteção da propriedade, não dava conta da proteção aos direitos extrapatrimoniais oriundos da personalidade, intimidade, privacidade, dignidade, liberdade de expressão etc.

Este fato pode ser averiguado na leitura do conceito literal de ato ilícito posto no Código Civil vigente, especificamente no art. 186, que descreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” A partir deste artigo, conclui-se que

a concretização do conceito só ocorre com a combinação de dois requisitos: a violação do direito e o dano causado por esta. Ou seja, conforme a metodologia do positivismo jurídico, tem-se que a violação do direito por si só não é ato ilícito, apenas se causar dano.

Contudo, a realidade se impõe de tal modo que não é possível conceber o conceito de ato ilícito apenas em seu sentido denotativo, sem considerar questões presentes de modo latente que estão além da literalidade do texto. Tanto é verdade, que o próprio ordenamento jurídico renovou-se sistematicamente ao trazer as tutelas do direito que buscam somente a proteção contra a violação do direito, independente da ocorrência de danos, como é o caso do art. 84 do Código de defesa do consumidor e do art. 497, § único do Código de Processo civil, que possibilitam a proteção do indivíduo contra o ilícito, podendo impedir sua ocorrência por meio de tutela inibitória, ou de remoção, mesmo em caso de inexistência de danos.

Todavia, no Estado liberal acreditava-se na supremacia da lei como a única capaz de proteger direitos subjetivos, e por isso o juiz apenas aplicava a lei, sem interpreta-la. Considerando a finalidade desse modelo de Estado,

[...] a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, seria vista como um atentado à liberdade individual. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 64)

Esclareça-se que o conceito de dano está ligado a ideia de ressarcimento, onde se busca a reparação de prejuízo, havendo uma redução simbólica do direito à figura do dinheiro. À vista disso, é possível aderir à conclusão de que:

[...] se todos os direitos podiam ser convertidos em pecúnia, e a jurisdição então não se preocupava com a tutela da integridade do direito material, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, logicamente não era necessária a prestação jurisdicional preventiva, bastando aquela que pudesse colocar no bolso do particular o equivalente monetário. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 64)

Logo, o direito não pode ficar reduzido a ideia de lei e à inocência de que apenas o parlamento cria o direito; isto é, não pode ser concebido como produto do consenso moderno, idealizado no princípio da legalidade e no positivismo jurídico, ambos axiologicamente instituídos pelo Estado Liberal.

Pois, as leis são documentos normativos, isto é, documentos textuais normativos dotados de autoridade jurídica (Parlamento), mas ainda não podem ser consideradas normas; pois, as normas e o sistema jurídico são produtos de diversas interpretações (trabalho realizado pelo Judiciário). Isso significa que antes da interpretação, há vários significados possíveis que o intérprete pode conter ao texto, mas não existem normas propriamente ditas ou um sistema de normas nesse estágio. (MARINONI, ARENHARDT; MITIDIERO, 2019, p. 40)

Portanto, não há como desprezar a atividade de interpretação dos textos, e a aplicação das normas dali oriundas, realizadas pelo poder judiciário via jurisdição, que é manifestação de poder do Estado.

2. A LIBERDADE DOS CONTEMPORANEOS E SUAS HIPOTESIS

Após o breve diagnóstico de identificação de problemas da liberdade dos modernos, em especial àqueles que tocam o entendimento de que a lei criada pelo parlamento é a única fonte primária de direito, resta demonstrar, como os juristas nos dias atuais buscam interpretar o fenômeno jurídico ante a indeterminação dos textos e a função do poder judiciário.

O direito quando indeterminado compromete sua previsibilidade. A segurança jurídica não se concretiza ao ponto de impedir o cidadão de orientar suas ações de acordo com o direito, que se torna imprevisível e irracional.

A segurança jurídica tem três propriedades essenciais: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Sem esses critérios, prejudica-se a segurança na perspectiva do tempo e da instabilidade do direito. Com maior profundidade, Humberto Ávila, explica que:

Pode-se, dentro de todo esse contexto, afirmar que não apenas o futuro, mas também o passado termina provocando insegurança. O cidadão, pela ausência de inteligibilidade do ordenamento jurídico, não sabe o que é válido hoje (insegurança com relação ao Direito presente); ele,

pela falta de previsibilidade do ordenamento jurídico, igualmente não sabe o que será válido ou vinculante amanhã (insegurança com relação ao Direito pretérito). O Direito não é seguro. (ÁVILA, 2023, p. 79)

As correntes teóricas contemporâneas continuam a debater se o papel do juiz é criar ou simplesmente declarar direitos, e quais fontes podem limitar sua ação nesse processo. Essa discussão também aborda as figuras "mitológicas" do " *Oracle of the law* " e do " *Juge inanimé* ", representando, respectivamente, o magistrado do common law e o juiz do civil law. Ambos estão sujeitos à ideia de que, "(...) a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente (...)" (MITIDIERO, 2017, p. 26), inviabilizando qualquer atividade criativa do direito.

Uma corrente contemporânea influente é a hermenêutica Dworkin, que empresta sua metodologia da literatura, afirmando que o juiz, o interprete da lei, deve agir como se estivesse continuando um romance (romance em cadeia), não podendo desprezar os fatos da narrativa, mas dar sua continuidade de modo coerente. Nas palavras do autor:

Uma interpretação plausível da prática jurídica deve também, paralelamente, satisfazer a um teste de suas dimensões: ela deve tanto se ajustar a tal prática como mostrar seu objetivo ou valor. No entanto, aqui, objetivo ou valor não podem significar valor artístico porque o Direito, diferente da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é uma empresa política cujo o objetivo geral, se tem um, reside em coordenar esforços sociais e individuais, resolver disputas sociais e individuais, assegurar justiça entre cidadãos ou entre eles e seus governos ou alguma combinação desses (essa caracterização é uma interpretação em si mesma, é claro, mas admissível agora porque relativamente neutra). Assim, uma interpretação de qualquer grupo ou divisão do Direito, como a do direito acidentário, precisa mostrar o valor daquele grupo jurídico em termos políticos pela demonstração de melhor princípio ou orientação política para os pode servir.

Sabemos, pelo argumento paralelo na literatura, que essa descrição geral de interpretação no Direito não é permissão para cada juiz encontrar na história doutrinária o que quer que ele pense que deveria ter estado lá. A mesma diferença mantém-se entre a interpretação e o ideal. O dever um juiz é interpretar a história jurídica que ele encontra e não inventar uma história melhor. (DWORKIN, 2010, p. 33)

As teorias contemporâneas sustentam a necessidade de revisão ou superação dos paradigmas propostos pelas teorias políticas que justificaram a criação do Estado moderno e sua instrumentalidade. Conforme Nythamar H. Fernandes de Oliveira Júnior, esclarecem que:

O próprio Habermas viu, em sua guinada linguístico-pragmática, a emergência de um novo paradigma alternativo aos paradigmas ontológico e epistemológico que caracterizam, respectivamente, as abordagens pré-modernas (teorias políticas clássicas) e modernas (filosofia da consciência) da filosofia prática. Assim como Heidegger e Foucault, Habermas buscou incessantemente uma terceira via capaz de evitar as reduções racionalistas e empiristas a diferentes versões de dualismo, monismo ou ceticismo. A fim de não incorrer em historicismo transcendental, niilismo ou relativismo, Habermas acaba recorrendo a uma argumentação quase transcendental que, segundo ele, evita as aporias de uma antropologia filosófica e de uma filosofia da história (inevitáveis em modelos liberais kantianos e comunitaristas hegelianos, respectivamente). É tal postura que denomino, provisoriamente de *faute de mieux*, um perspectivismo semântico-transcendental, negando um sentido robusto de fundamentação última à la Apel ou de “fato da razão” kantiano. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 66)

Os contemporâneos, diferente dos modernos, não se preocupam apenas com o comércio, o fenômeno jurídico tem sido invocado para solucionar problemas de reconhecimento de sujeitos dentro da ordem jurídica, que dependem da aprovação dos demais para o alcance da integridade humana. (HONNETH, 2010, p. 116)

Hobbes, um influente teórico da modernidade, sustenta a existência do contrato social como um mediador da guerra de todos contra todos, pautada na auto conservação individual, perspectiva agasalhada pelo império da lei liberal. No entanto, Axel Honneth, em sua teoria do reconhecimento identifica que além dessa tendência de auto conservação individual, também há uma pretensão natural de eticidade no ser humano dada por uma relação intersubjetiva inerente ao mundo da vida. (HONNETH, 2019, p. 269-ss.)

Logo, essas teorias, buscam por meio do direito, conferir novos horizontes à razão, para que ela não reduza seu campo de inteligência apenas ao ato legislativo. As teorias contemporâneas refletem o direito pelos fenômenos de juridicização de valores atribuídos pela interpretação judicial.

Portanto, a liberdade é discutida não mais apenas no parlamento, mas também por meio de processos argumentativos a partir da interpretação das fontes de direito, onde legislativo e judiciário trabalham em conjunto para criar o direito e fortalecer a segurança jurídica, uma conjunção entre lei inaugural do processo legislativo e os precedentes que resultam da interpretação dos textos legislativos ou de suas lacunas no processo judicial.

Sabe-se que a composição dos parlamentos das sociedades contemporâneas é bem diferente do parlamento do Estado legislativo, a representação popular é outorgada por pessoas influenciadas por outras correntes axiológica além do liberalismo e das tradições vigentes.

Ainda, os contemporâneos têm sentido necessidade de diferenciar regras e princípios, como funções diferentes para a criação da norma jurídica. Assim, a atividade de interpretação é aplicada pela metodologia da reconstrução dos significados do texto, por conseguinte, como ensina Humberto Ávila, “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir [...]” (AVILA, 2015, p. 52), por isso, a contemporaneidade tem entendido que a norma jurídica é resultado da interpretação do texto, ou melhor da fonte de direito, do documento normativo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 151)

Portanto, as leis são documentos normativos, isto é, documentos textuais normativos dotados de autoridade jurídica, mas ainda não podem ser consideradas normas, pois, as normas e o sistema jurídico são produtos de diversas interpretações. Isso significa que antes da interpretação, há vários significados possíveis que o intérprete pode conter ao texto, mas não existem normas propriamente ditas ou um sistema de normas nesse estágio. (MARINONI, ARENHARDT; MITIDIERO, 2019, p. 40)

Um bom exemplo pode ser encontrado no caso do Art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe sobre a responsabilidade solidária do crédito trabalhista em razão de grupo econômico.

A partir de casos concretos específicos, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), responsável pela interpretação da legislação trabalhista, reconheceu a importância e a abrangência da questão da responsabilidade solidária por grupo econômico em relação aos débitos trabalhistas. Essa questão estava sendo debatida nos tribunais regionais, que apresentavam decisões divergentes, estabelecendo jurisprudências conflitantes sobre o mesmo tema jurídico. Alguns tribunais regionais interpretavam a responsabilidade como solidária, sem considerar os aspectos essenciais e acidentais de cada caso, enquanto outros frequentemente afastavam a responsabilidade, sem levar em conta as peculiaridades do caso.

Por meio do quadro comparativo abaixo, é possível observar a diferença entre o texto inicialmente proposto pelo Legislativo e a interpretação atribuída pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Legislativo	Judiciário
<p>Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.</p>	<p>“Esta Corte Superior pacificou entendimento de que a mera existência de sócios em comum e de relação de coordenação entre as empresas não constituem elementos suficientes à configuração de grupo econômico. O TST entende ser imprescindível a existência de vínculo hierárquico entre elas, consubstanciado no efetivo controle de uma empresa líder sobre as demais. Assim, ao manter a responsabilidade solidária das Reclamadas, com amparo no reconhecimento da existência de grupo econômico configurado a partir da relação de coordenação entre as empresas e da mera existência de sócio diretor comum, o Tribunal Regional procedeu à interpretação do artigo 2º, § 2º, da CLT dissonante da consolidada no âmbito desta Corte Superior” (TST - Ag-RR: 105870920175030089, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15/04/2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2020)</p>

Da análise comparativa, é possível extrair, da decisão, dois requisitos atribuídos ao suporte fático da norma para que ocorram suas consequências, sendo *a existência de Efetivo controle e fiscalização de uma empresa líder para a configuração do grupo econômico*, e, *a demonstração de relação de subordinação hierárquica entre as empresas*, elementos que não estão na literalidade do texto, mas que puderam ser incorporados via interpretação pelo sentido conotativo latente no conceito de responsabilidade solidária.

Desta maneira, não é mais possível se apegar a ideia de que o judiciário apenas declara a lei e não a interpreta. Os fatos demonstram que isso não é verdade. Há um evidente trabalho em conjunto entre os poderes Legislativo e Judiciário, apresenta-se, “segundo Habermas, uma fronteira funcional entre jurisdição e legislação, concedendo uma competência específica para cada dos poderes que soma, de fundamental importância, para a construção da legitimidade do direito.” (BANNWART JÚNIOR, 2016, p. 154)

A atividade interpretativa do direito, que de fato já acontece, passa a ser acompanhada de modo racional, para que a norma jurídica tenha a segurança de sua existência, validade e eficácia de modo justificado, diga-se, registrado no repertório dos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao avaliar o embate entre a liberdade dos antigos e dos modernos proposto por Benjamin Constant e trazer essa discussão para o contexto contemporâneo, é possível a compreensão de que o conceito de liberdade não pode ser compreendido apenas à luz da atividade do parlamento.

É claro que não se desconsidera a importância de tal atividade para o Estado, de modo algum se sustenta no presente trabalho que a atividade parlamentar não é necessária para a criação do direito. Mas sustenta-se que a criação do direito não se encerra na atividade parlamentar; assim como ela não se encerra com a interpretação do juiz. O direito positivo é dinâmico, pois está a todo momento juridicizando e desjuricizando valores, incorporando procedimentos, excluindo outros, isto é, aberto ao modelo deliberativo de participação democrática à sua construção.

A resposta fundamentada na epistemologia do liberalismo, que outrora satisfazia a noção de liberdade dos modernos, revela-se insuficiente para atender às demandas atuais.

Os valores absorvidos e as novas epistemologias desenvolvidas trouxeram à tona uma concepção heterogênea de liberdade, especialmente em um mundo moldado pela globalização e suas consequências na sociedade liberal. Essa diversidade de interpretações desvinculou o conceito de lei do de norma jurídica, permitindo aos magistrados uma interpretação que antes era proibida, alterando o papel do judiciário na aplicação do direito.

A investigação comparativa entre a liberdade dos modernos e dos contemporâneos revelou a transição do Estado Liberal e seus princípios para um contexto onde a complexidade social exige uma adaptação mais flexível. A ideia de que a lei abstrata seria a solução para todos os problemas revelou-se limitada diante das questões de equidade, direitos extrapatrimoniais e ações contrárias ao direito que escapam à proteção legal.

Neste contexto, correntes contemporâneas como a hermenêutica de Dworkin e a teoria do agir comunicativo de Habermas, assim como a teoria do reconhecimento de Honneth, apresentam abordagens inovadoras que desafiam a dicotomia entre a criação e a mera declaração de direitos. Surge, então, a necessidade de uma interpretação coerente, contextualizada e responsiva aos desafios contemporâneos, que vá além da aplicação mecânica das normas jurídicas.

A sociedade moderna enfrenta o desafio de equilibrar a segurança jurídica e a previsibilidade das leis com a necessidade de adaptação diante da indeterminação do direito. Nesse cenário, o papel tanto dos legisladores quanto do judiciário está passando por transformações, reconhecendo a pluralidade de interpretações e a importância de uma abordagem mais dinâmica e participativa na construção do direito.

Portanto, a compreensão da liberdade e a aplicação do direito na contemporaneidade demandam uma abordagem mais flexível, adaptável e sensível às demandas sociais, promovendo não apenas a equidade e a efetividade das leis na garantia dos direitos individuais e coletivos, mas a segurança jurídica conferida pelas interpretações ao direito.

Entretanto, as interpretações conferidas devem ser estabilizadas e respeitadas como fontes primárias do direito, e não podem ser mudadas ao bel prazer dos interpretes. Elas vinculam o judiciário como um todo, inclusive aqueles que a firmaram por meio de fundamentos institucionalizados. Para que um entendimento seja revisto, é preciso obedecer à critérios formais, assim como no caso da legislação. As questões de validade e eficácia, também são utilizadas na compreensão dos precedentes, sua revogação repercute diretamente no mundo da vida.

Um precedente, assim como a lei, orienta a conduta das pessoas, pautando suas vidas; como a exemplo do empresário, que em sua atividade, busca compreender seus deveres tributários tanto pelas orientações da lei quanto pelas orientações dos entendimentos firmados às Cortes.

Deste modo, é preciso que o tempo de vigência de um precedente seja considerado para fins de atendimento ao direito, de modo que, mesmo revogado, possa produzir efeitos em razão do tempo em que era válido.

Por conseguinte, é preciso se atentar para o modo como a jurisdição tem sido exercida, observando quais fundamentos justificam os posicionamentos e entendimentos firmados. Se foram deliberados, oportunizando uma amplo debate entre os envolvidos diretos e indiretos. Se há realmente um trabalho conjunto entre legislativo e judiciário, ou se este último, em sua atividade interpretativa, acaba por extrapolar a competência do parlamento.

No entanto, é preciso reconhecer que o debate a respeito de ideias em desacordo sobre questões prévias a respeito do que é certo ou errado, tem como consequência a desilusão de uma das partes, isso é inevitável. O que não pode ser considerado um fato de ausência de legitimidade do direito apenas por aplica-lo à favor de um em detrimento do outro.

O importante é que ambos possam expressar suas razões em condições ideais de fala, de modo que os argumentos do vencido sejam valorados expondo-se as razões pelas quais eles não foram aceitos, assim:

[...] se o juiz preferiu as provas A e B – que favorecem o autor – em detrimento da prova C – que beneficia o réu –, não basta fazer referência às provas A e B, sendo necessário explicar a razão pela qual a prova C não o convenceu.

Nessa altura, alguém poderia dizer que o juiz não precisa assim proceder, pois a aceitação das provas A e B implica na rejeição implícita da prova C. Essa ideia, contudo, não pode ter guarida, pois não há como pensar em justificação implícita, que, na realidade, é uma maneira de acobertar a inexistência de justificação. Ora, é preciso que o juiz faça referência a todas as provas, explicitando os motivos que o levaram a acolher umas e não outras. (MARINONI, 2019, p. 338)

Portanto, o dever de fundamentação exige que as decisões sejam baseadas em 'critérios racionais' que possam ser claramente explicados. Isso permite que tais decisões sejam devidamente controladas em relação à sua justificação (Ibidem, p. 340).

Esse processo é crucial para a integração do direito e para a redução de sua indeterminação, visto que cada caso pode servir como precedente para futuras decisões em situações similares ou idênticas.

As fundamentações das decisões do Supremo Tribunal Federal e das Cortes do interpretação do direito (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar) são cruciais para aumentar a

previsibilidade do direito, pois atribuem-lhe sentido e complementam o trabalho realizado pelo poder legislativo. Elas expressam as razões determinantes que resolveram as questões sob uma perspectiva fático-jurídica, através de uma reconstrução lógico-argumentativa, formando assim precedentes." (MITIDIERO, 2023, p. 22)

Logo, a liberdade dos contemporâneos, diferente da dos modernos, não está ligada apenas à lei parlamentar, mas também é influenciada pelo modo como essa mesma lei é interpretada pelo órgão judiciário.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 1943.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990;
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo em Recurso de Revista com transcendência**: 105870920175030089, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15/04/2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2020).
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução: Ivo de Paula. São Paulo: Pílares, 2013.
- CONSTANT, Benjamin, **Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos** (arquivo), Filosofia Política 2, 1985.
- DE OLIVEIRA JÚNIOR, Nythamar H. Fernandes. **Teoria discursiva do Direito e democracia deliberativa, segundo Jurgen Habermas**. In: TEIXEIRA, Alexandre Vichinkeski; DE OLIVEIRA, Elton Somensi (Orgs.) *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito como interpretação**. In: TEIXEIRA, Alexandre Vichinkeski; DE OLIVEIRA, Elton Somensi (Orgs.) *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

HONNETH, Axel. **Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento**. In: TEIXEIRA, Alexandre Vichinkeski; DE OLIVEIRA, Elton Somensi (Orgs.) *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil** [livro eletrônico]. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**, 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Ratio decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?** São Paulo: thomson Reuters Brasil, 2023.