

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**AS BASES DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFICIÊNCIA DO
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Caio Shiguemy Cassiano Ishii

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**AS BASES DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFICIÊNCIA DO
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Caio Shiguemy Cassiano Ishii

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro

Presidente Prudente/SP

2011

**AS BASES DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFICIÊNCIA DO
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Rodrigo Lemos Arteiro

José Francisco Galindo Medina

Edson Freitas de Oliveira

Presidente Prudente/SP 04 de novembro de 2011

A segurança do Direito não exige apego à letra da lei, mas significa antes, por um lado, a existência de uma boa ordem jurídica, que corresponda às exigências da vida e a elas se acomode com elasticidade e, por outro lado, a confiança na permanência do direito e na sua aplicação imparcial e justa. A ideia de que “a justiça depende mais de bons juízes que de boas leis” tem hoje acuidade especial, numa época em que tende cada vez mais a aceitar-se que as normas dos códigos constituem uma parte, mas não toda a matéria que os juristas devem laborar para fazer ciência.

Ausschliessung Scholz

Dedico esse trabalho: a meus pais, pois são a razão do meu ser; a meus professores e profissionais que comigo compartilham o tempo, pois aproximam, cada vez mais, da minha existência, o sonho de ser um profissional do Direito que transforme a realidade social.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, **Professor Rodrigo Lemos Arteiro** pela paciência e perseverança com que compartilhou seus conhecimentos e, principalmente, pelo exemplo de professor e profissional atuante que é, sempre preocupado com a preservação da Ciência, fomentando em mim o desejo de pensar o Direito além das fronteiras legalistas.

Agradeço também ao **Professor Edson Freitas de Oliveira** pela insistência em acreditar na atividade profissional da livre docência, formando alunos não só segundo a Ciência do Direito, mas, principalmente, segundo ensinamentos que só a vida pode conferir.

Não poderia deixar de agradecer o **Professor Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro**, não só pela disponibilização de sua biblioteca para fins de pesquisa, mas pela ajuda à cerca do desenvolvimento do trabalho e pela dedicação e notório saber com que ministra as aulas de processo civil.

Inclui-se nesse rol de agradecimentos o **Professor Sérgio Tibiriçá Amaral**, responsável pelo incentivo à atividade científica e acadêmica, revelando que conhecimento está muito mais próximo do “transmitir” do que do “absorver”.

É com grande satisfação que também incluo nos agradecimento os Servidores e procuradores da Procuradoria Federal de Presidente Prudente, especialmente os **Procuradores Fernando Ono Martins, Sérgio Matellini, Gustavo Aurélio Faustino e Danilo Trombetta Neves**, pessoas que fazem parte do enredo da minha caminhada jurídica, coadjuvantes do desenvolvimento desse trabalho.

Em especial, agradeço ao **Advogado José Francisco Galindo Medina** com quem tenho a oportunidade diária de aprender o verdadeiro sentido do Direito.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar as bases do *neoconstitucionalismo* aplicando-o como balizador do processo de recuperação judicial. Esse novo paradigma jurídico é a sucessão de uma imensa quantidade de valores incorporados durante o decorrer da história. Por essa razão, o estudo teve início com a breve análise à cerca da filosofia e a demonstração de que ainda estão latentes as antigas perguntas de Sócrates: o que é virtude? O que é vida? O que é justiça? Esses questionamentos prescindiram objetivas anotações sobre os Direitos Fundamentais, a começar pelos breves comentários, de forma cronológica, à cerca da sua história. Trilhou-se o necessário caminho dos métodos interpretativos destes Direitos e das características que os colocam em uma posição privilegiada no ordenamento brasileiro. A forma de se interpretar e a compilação de suas características se convergiram na dialética entre os Direitos Fundamentais e a Democracia, almejando desvendar se existe ou não a possibilidade de serem os Direitos Fundamentais fortemente antidemocráticos, a depender da situação em concreto. Com essas raízes, elucidadas de forma breve, partiu-se para a análise dos vários tipos de *neoconstitucionalismo* existentes na *pós-modernidade*, tratando do mesmo ora como uma nova teoria da norma, ora como uma vertente da escola positivista do Direito. Tratou-se da importância que o *neoconstitucionalismo* possui frente ao Direito nacional, especialmente no atual momento em que a principal finalidade do Direito – a justiça – parece estar aquém, em alguns momentos, dos atos e decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. Por fim, toda essa caminhada introdutória destinou-se a análise da recuperação judicial de empresas. Foram estudados os objetivos da Lei n.º 11.101/2005 e seus princípios constitucionais subjacentes, ponto crucial de convergência entre o processo de recuperação e o *neoconstitucionalismo*. Particularizou-se o estudo nos interesses metaindividuais envolvidos e na regra constitucional da função social. Finalmente, o *neoconstitucionalismo* foi aplicado para discutir até onde vão os poderes do juiz no processo de recuperação judicial e qual a importância do papel do Judiciário nas questões relacionadas ao assunto.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Características e Interpretação dos Direitos Fundamentais. Democracia. Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Recuperação Judicial de Empresas. Função Social da Empresa. Interesses metaindividuais e Poderes do Juiz no processo de Recuperação Judicial de Empresas.

ABSTRACT

This work was developed in order to examine the foundations of *neoconstitucionality* yardstick applied as the process of bankruptcy. This new legal paradigm is the succession of a huge amount of corporate values during the course of history. For this reason, the study began with a brief discussion about the philosophy and the demonstration that the old are still latent questions of Socrates: What is virtue? What is life? What is justice? These questions have waived objective notes on Fundamental Rights, beginning with brief comments, in chronological order to some of its history. Rail is the necessary way of interpretive methods of Rights and the characteristics that place them in a privileged position in the Brazilian. The way to interpret and compile their characteristics are converged in the dialectic between Rights and Democracy, aiming to discover whether there is the possibility of Fundamental Rights highly undemocratic, depending on the actual situation. With these roots, briefly elucidated, we decided to analyze the various types of existing *neoconstitucionality* in *postmodernity*, treating the same now as a new theory of the norm, sometimes as an aspect of the positivist school of law. It was of importance that has *neoconstitucionality* front of the national law, especially in the present moment the main purpose of the law - justice - seems to fall short at times, acts and decisions handed down by the judiciary. Finally, all this introductory hike was aimed at analyzing the bankruptcy of companies. We studied the objectives of Law No. 11.101/2005 overlying and constitutional principles, the crucial point of convergence between the recovery process and *neoconstitucionality*. Particularize the study of *metaindividual* interests involved and the constitutional rule of social function. Finally, to discuss *neoconstitucionality* was applied to push the powers of the judge in bankruptcy protection and the importance of the role of the judiciary on issues related to the subject.

Keywords: Fundamental Rights. Characteristics and Interpretation of Fundamental Rights. Democracy. Constitutionalism. Neoconstitucionality. Reorganization of Companies. Social Function of the Company. Metaindividual interests and powers of the Judge in the process of Reorganization of Companies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS.....	10
2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO	12
2.1 Direitos Fundamentais Neoconstitucionais	16
2.1.1 Direitos fundamentais e sua interpretação.....	20
2.1.1.1 Tradicionais métodos de interpretação	22
2.1.1.2 Modernos métodos de interpretação.....	23
2.1.1.3 Uma interpretação bem sucedida.....	25
2.1.2 Direitos fundamentais e suas características	26
2.1.2.1 Máxima superioridade	27
2.1.2.2 Máxima força jurídica	27
2.1.2.3 Máxima importância do conteúdo	28
2.1.2.4 Máximo grau de indeterminação	29
2.1.3 Direitos fundamentais e democracia.....	30
2.1.3.1 O enfoque das teorias ingênua, idealista e realista	31
2.1.3.2 Direitos fundamentais democráticos e antidemocráticos	32
3 A EFICIÊNCIA NEOCONSTITUCIONAL DO PROCESSO JUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	36
3.1 Da n.º Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas)	36
3.1.1 A empresa inserida no mercado e seus princípios reguladores	38
3.1.2 As problemáticas à baila da LRE	41
3.2 A função Social da Empresa e o Estimulo à Atividade Econômica.....	43
3.3 A “Crise”, os Interesses Metaindividuais e o Dever do Estado.....	44
3.4 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	47
3.4.1 O poder do juiz no processo de recuperação judicial	48
3.4.2 Aplicação da eficácia horizontal no processo judicial de recuperação	51
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido teve como foco principal a investigação acerca do *neoconstitucionalismo*, colocando-o como ponto de partida do processo de Recuperação Judicial de Empresas. É pressuposto desse novo paradigma jurídico o estudo à cerca dos Direitos Fundamentais, já que estes compõem o núcleo essencial do *neoconstitucionalismo*.

Incongruente seria o trabalho se não viajasse pela história, investigando, ainda que brevemente, como esses Direitos surgiram, pontuando específicos acontecimentos que significaram uma mudança drástica de pensar a Ciência do Direito. Fora obedecida uma ordem cronológica de fatos, que começou na antiga Grécia e culminou no ordenamento brasileiro atual. Previamente, teve grande destaque o diálogo filosófico entre Sócrates com seus sucessores e o mundo atual, que resultou em admitir que ainda permanecem as indagações outrora realizadas, agora não mais em âmbito contemplativo tão somente, mas em campo jurisdicional prático.

Ultrapassada a fase histórica investigativa, preponderou o método dedutivo no estudo dos Direitos Fundamentais. A contribuição de Robert Alexy nesse momento, foi imprescindível. Abordaram-se as principais características dos Direitos Fundamentais, discutindo sua superioridade legal, sua potente força jurídica e a imensa importância de seu conteúdo. Por conseguinte, o alto grau de indeterminação ficou demonstrado, pois os Direitos Fundamentais só possuem sentido quando saem da utopia programática e iluminam com eficácia todas as relações, sejam públicas ou privadas.

Em um segundo momento, iniciou-se a dialética entre Direitos Fundamentais e Democracia. Malgrado sejam ambos institutos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, restou clara a fragilidade de afirmar que não há a presença de conflitos nesse paralelo, segundo a perspectiva da teoria realista. Esses dois institutos, por diversas vezes, se colidem frontalmente. A legitimidade democrática não garante plenos poderes, nem justifica todo e qualquer tipo de ação, vez que os resultados, por força constitucional, devem estar vinculados às ordens mandamentais axiológicas dos Direitos Fundamentais.

Assim, os atos, mesmo que legitimados pelo devido processo democrático, podem ser passíveis de controle jurisdicional, pois o princípio democrático não se sobrepõe aos Direitos Fundamentais. O valor da democracia é real quando os seus frutos são a materialização dos Direitos Fundamentais, já que o discurso democrático pode funcionar, ora

em favor dos Direitos Fundamentais, ora contra eles. Essa segunda consequência é inadmissível nos moldes do Estado Democrático Constitucional de Direitos.

Após os comentários à cerca das bases do *neoconstitucionalismo*, partiu-se para a análise da natureza desse paradigma, demonstrando que há duas principais correntes. A primeira colocando o *neoconstitucionalismo* como um ramo do positivismo jurídico, e a segunda, de caráter intensamente reformista, qualificando-o como uma nova Teoria do Direito, aproximando, como nunca antes, a moral da ciência do direito.

Finalmente, sob toda essa dimensão elucidada, iniciaram-se as ponderações à cerca da Recuperação Judicial de Empresas. O instrumento utilizado foi, principalmente, os princípios sobrejacentes que norteiam a Lei n.º 11.101/2005. Nessa perspectiva, analisou-se a relação entre empresa e mercado, trazendo à tona as problemáticas desse diploma legal.

Pontos como a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica não podiam estar ausentes. O estudo mostrou que, presentes esses dois institutos, relevantes consequências são trazidas à baila do processo de recuperação judicial, já que possibilitam a existência de interesses metaindividuais. Somados a real definição do termo “crise”, esses interesses fazem nascer o dever de tutela do Estado, e é aqui o ponto crucial de convergência entre a Recuperação Judicial de Empresas e o *neoconstitucionalismo*.

Por último, ainda sob a perspectiva do novo paradigma constitucional, foi estudado um dos pontos da Lei 11.101/2005 que mais geram discussão atualmente, qual seja, a dos poderes do juiz e o papel do Judiciário na eficiência do processo de Recuperação Judicial. A análise pautou-se em expressar a posição de doutrinadores renomados. Concluiu-se que, embora esse diploma legal aponte para a *desjudicialização* do processo, o magistrado não pode ser subtraído dos poderes constitucionais que lhes são inerentes, principalmente quando o que se está em jogo é o futuro da economia nacional.

1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O homem sempre buscou respostas. Na Grécia antiga, deixando de lado o sofismo imediato e sensório, Sócrates mergulhava em intensos questionamentos a fim de encontrar um fundamento que respondesse os maiores dilemas interrogativos humanos: o que é justiça, vida ou virtude? O mundo, por bem, viu outros grandes se levantarem: a dialética de Platão e o desenvolvimento da lógica com Aristóteles; o período helenístico e as marcas da miscigenação dos povos antigos. Não muito mais tarde o surgimento do cristianismo e da escolástica marcou o interminável embate entre fé e razão.

A Idade Moderna tatuou a história com o desenvolvimento do capitalismo, frente ao retrógrado sistema feudal. Foi à luz do Renascimento com a intensificação humanista que o pensamento racional voltou a ganhar destaque, época que serviu de berço para grandes pensadores como Galileu Galilei, Newton, Descartes, Shakespeare, Camões, da Vinci, Michelangelo e outros. Esse desenrolar histórico fez surgir o Liberalismo com a carta constitucional limitadora do poder monárquico, pelo empirismo com a extrema valorização da experiência, e, por fim, pelo iluminismo que, piamente, acreditou na ciência, tecnologia e razão como meios para encontrar a verdade.

A Idade Contemporânea se iniciou com a Revolução Francesa, na tentativa de construir uma nova sociedade, sob uma nova perspectiva de poder político. O mundo conheceu Hegel, imortalizado pela sua brilhante contribuição filosófica, o racionalismo. Todo esse legado não podia trazer outro resultado: milhões de pessoas subjugadas pelo autoritarismo dos mais fortes embasado na supremacia da razão. A luta de classes que movia a história mundial culminou em Karl Marx e Engels, cuja instrumentalização de seus trabalhos se deu com o Manifesto Comunista. Anos mais tarde, Friederich Nietzsche, Sartre e outros mais, se levantaram e com eles o existencialismo.

Depois de toda essa imensidão histórica recheada por pensadores que alteraram os rumos e destinos da vida social, já na atual Idade Pós-moderna, o homem parece voltar à época socrática. O que é justiça? O que é viver? O que é virtude? Nem o ápice do racionalismo ou a orientação emocional, nem o grande desenvolvimento científico ou a imensa ascensão de crenças, fez saciar a sede de respostas. Jamais será. Não é diferente com a Ciência do Direito. A infalibilidade dos Códigos restou insubsistente no seu objetivo principal, a de proteger aos chamados “direitos imutáveis” – a definitividade dos códigos não

foi suficiente ante a constante mutabilidade da sociedade.

A história revelou que o Direito não pode ser o fim em si mesmo. O objeto final deve pautar-se em valores supremos, cuja terminologia pode ser das mais variadas: bem, justiça, amor, virtude. Seja qual for o valor, o Direito é meio para se chegar à reta final, e com ele outros de igual importância como a Sociologia e Filosofia. No lugar do mito da perfeição e da infalível aplicação das Leis, deve se levantar a essencial atividade do intérprete: atuar com anseio em desvendar o real significado da norma, dando sentido a ela tendo em vista o mundo em que está inserida, associando o Direito Positivo às verdadeiras necessidades da sociedade.

É a continuidade construtiva e interpretativa do Direito, sem a qual resultaria em morta a letra da Lei. É evidente o cuidado necessário para não valorar a norma sob uma metodologia irracional, mas é extremamente importante lembrar que é “muito mais que a letra da lei, importam o sentido e o fim das normas, de tal modo que pode ter de se interpretar a lei contra o seu texto” (SCHOLZ, 1950, apud NUNES, 2001, p. 34). Características como a imparcialidade e a busca pela justiça, somadas a uma correta ordem jurídica, colocando as espécies normativas como um ponto de luz eficaz no ato de iluminar as diversas situações concretas, resultam em segurança jurídica verdadeira.

“Mas essas considerações em torno da dimensão moral das atuais Constituições não levam nosso autor a abraçar nenhuma forma de antipositivismo”, como ensina o doutrinador Peces-Barba, prevendo a possibilidade de transmissão de um “positivismo de regras” a um “positivismo de princípios”, qualidade atestada por Zagrebelsky, Dworkin e Alexy (PECES-BARBA, 1980, apud FIGUEROA, 2010, p. 28).

“Existe uma importante diferença entre a pergunta ‘como quero viver?’ e a pergunta ‘como queremos viver?’” (ALEXY, 2003, p. 40). Parece ser esse o espírito que deve reger relações, jurídicas ou não, desde as mais simplórias até as mais complexas e densas, entendendo essa assertiva não como uma resposta definitiva, que seria um ledó engano, mas como um argumento a que se pode posicionar a Ciência do Direito frente à crise social estampada nessa era. A pretensão e motivação é a construção de um Direito aplicável, cujo significado remonta todo esse vasto conhecimento adquirido ao longo do tempo. O Direito é, antes da letra da lei, a ciência que emerge da própria vida.

2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO

A história do constitucionalismo está necessariamente atrelada à história social, já que esse *Bill of Rights*, desde sua origem, é marcada por determinantes político-sociais, não se limitando a descrições positivísticas (CANOTILHO, 1993, p. 245/249). De tempos em tempos, determinadas características preponderavam sobre outras, a depender do desenrolar histórico que, gradativamente, influenciava na alteração da posição sociopolítica de determinada nação.

Tal afirmação não significa que seja possível apontar fases constitucionais mundiais historicamente estanques. Mas também não obsta uma identificação hierarquicamente ordenada em um período da história dos movimentos “Constitucionalismo Liberal Democrático”, “Constitucionalismo Social Democrático”, “Constitucionalização dos Direitos” e “Neoconstitucionalismo”, com características metodologicamente específicas, que se tornaram viés do paradigma jurídico atual.

O início dessa jornada deu-se com o resultado da Segunda Grande Guerra, que fez surgir uma nova posição jurídica, com reflexos sentidos em todo o mundo, especialmente nos países norte atlânticos. A necessidade de uma interpretação legal que garantisse o alcance do fim último do Direito colocou em xeque o que outrora existia, seja no Direito, Filosofia ou Sociologia. O embate dos dois polos opostos em âmbito jurídico, jus naturalismo e positivismo, já não mais era concebível frente à realidade até então colocada.

Nem a codificação, nem a sublimar existência de direitos inerentes à pessoa humana foram capazes de responder o que a Filosofia e a Sociologia, por força da evolução gradativa da sociedade, questionavam. A lei não podia mais ser considerada nos limites do seu texto, sendo necessária a adição de valores até então qualificados como estranhos ao Direito.

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito até então dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem, a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel atual). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação.

Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil (MOREIRA, 2011, p 216).

Afirma-se que, pela análise do “antigo Estado de Direito da sociedade liberal, a hermenêutica constitucional tinha por regra uma posição eminentemente conservadora da ordem estabelecida e só por exceção desempenhava ativamente uma função transformadora” (BONAVIDES, 2010, p. 712). Isso em tempos constitucionais pacatos, em que imperava o constitucionalismo que propunha uma ideia de Estado desvinculada com qualquer fim material, acentuando a esfera livre do cidadão cuja intervenção só podia ser feita ou autorizada por força da lei e, ainda, pondo em preeminência o princípio da legalidade administrativa (CANOTILHO, 1993, p. 354). Essa é uma verdade não mais concebível em tempos constitucionais como os de hoje.

Houve uma significativa mudança quanto à função desempenhada pela Carta Constitucional, principalmente nas nações *Civil Law* europeias continentais e suas latino descendentes, com o advento da posição suprema de princípios normas, outorgando uma nova concepção jurídica, a constitucionalização dos direitos, seja ela ideológica ou teórica metodológica. A invasão dos Direitos Constitucionais passou a ter relevância principalmente “em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico, desde o advento de princípios de natureza declaradamente social” (BONAVIDES, 2010, p. 710).

É pressuposto dessa nova concepção a existência de uma constituição rígida com força normativa tal que conforme as demais leis inferiores, dispondo de ferramentas que controlam, com avidez, a constitucionalidade de atos e leis. O grau de constitucionalização, por sua vez, é condicionado a diversos fatores que decorrem da própria Constituição: sua força ideologicamente vinculante; o reconhecimento da existência de princípios nela implícitos; sua aplicação direta nas relações sociais; a interpretação das leis infra sob sua óptica; e, por fim, sua influência nas relações políticas (GUASTINI, 2003, p. 49-58).

Nesse contexto que o Brasil deu seus primeiros passos à constitucionalização do direito, consolidando-se, indubitavelmente, em 1988. Permeado pelas doutrinas e discussões *iusfilosóficas* que constantemente estão criando novos e necessários paradigmas a ser enfrentados pelo Poder Judiciário, o Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Cidadã está se transformando profundamente desde a sua promulgação. O resultado é o advento do Estado Constitucional Democrático de Direito, tendo como sobreprincípio o Devido Processo Constitucional. “Tal afirmação categórica não é nem um pouco leviana; ao contrário, caracteriza o movimento atual do direito” (MOREIRA, 2011, p. 216).

Como afirma Ralf Dreier, “as constituições políticas de determinados Estados, ao incorporar certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão da ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que graças a ela se exige, por direito próprio, em casos de vaguidade e colisão, aproximar a noção do direito como ele é do direito como ele deve ser” (DREIER, 1994, apud MAIA, 2011, p. 100).

“Não mais um texto que sirva como um ‘esboço orientativo que deve ser simplesmente ‘respeitado’ pelo legislador’, mas sim um programa positivo de valores que deve ser ‘atuado’ pelo legislador” (ARIZA, 1999, apud MAIA, 2011, p. 100). Aliás, tal afirmação não é atribuída somente a esse Poder que detém a atribuição típica de criar leis, mas às três esferas de Poder que compõe a República Federativa do Brasil alcançando, inclusive, as relações privadas. Esses “programas positivos” são valores axiológicos eminentemente finalísticos, que estão repetidamente expostos na Carta Cidadã, limitados à proposição de estados ideais, sem, no entanto, descrever a conduta a ser observada. Essa alta margem de discricionariedade do intérprete é o combustível do pós-positivismo.

Tal subjetividade advinda dessa intensa carga de princípios, somada a influência da família *Common law*, criou precedentes para a rediscussão, por parte da doutrina, da relação existente entre Direito e moral, ou, ao menos, criou uma nova forma de ver o Direito e sua necessária conexão com a Filosofia e Política na derrocada suficiência do constitucionalismo liberal. O divisor de águas, portanto, entre esse constitucionalismo e o atual paradigma jurídico, é a materialidade e realização efetiva da constituição pela atividade do intérprete frente a gama axiológica que possui nas mãos, já que essa presteza deve guardar zelo e congruência com os estados ideais suprapositivos.

“Essas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo” (BONAVIDES, 1995, apud MAIA, 2011, p. 101) que, nas culturas jurídicas europeias, principalmente Alemanha, Itália e Espanha, recebe o nome de Neoconstitucionalismo. É um termo que gradativamente está se inserindo no léxico jurídico e que não possui um significado único e, por essa razão, o plural “neoconstitucionalismo(s)”, usado por Miguel Carbonell, se justifica, ante as diversas posições que o legado acima exposto concebeu (CARBONELL, 2003, p. 9).

Originariamente, esse reflexo da intensa carga de standards jurídicos das atuais constituições guardou proximidade com o positivismo jurídico. Os pensadores dessa vertente “apresentam como denominador comum um esforço de sustentar o fato de que as ferramentas

teóricas propugnadas pelos positivistas são ainda úteis e capazes de dar conta dos problemas postos aos operadores do direito contemporâneo” (ARIZA, apud MAIA, 2011, p. 106).

As palavras de Luis Prieto Sanchís no discurso à cerca do neoconstitucionalismo, insiste em manter o termo “constitucionalismo” em uma demonstração subliminar de defesa à escola positivista, afirmando que o mesmo “se conecta muito bem com o chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista” (apud MAIA, 2011, p. 106).

Paolo Comanducci afirma que “entre los varios tipos de neoconstitucionalismo, presentes en el debate jus-teórico contemporáneo, y los tres sentidos en los que, según Bobbio, se puede hablar de positivismo jurídico” (2003, p. 76). Susanna Pozzolo perfilha esse entendimento, “ofreciendo argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y en favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico” (2003, p. 187).

Outros, porém, afirmaram que na Teoria do Direito, esse paradigma neoconstitucional “revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora” (MOREIRA, 2011, p. 220).

Suas fronteiras, entretanto, ultrapassam a Teoria do Direito, oferecendo uma nova proposta de Teoria Política e Filosofia do Direito. Esse é o resultado da maximização da relação entre Direito e moral, fazendo caminhar juntos Direito, Política e Filosofia que, por meio do discurso, convergem para um mesmo fim. É o Direito ultrapassando fronteiras jamais exploradas (MOREIRA, 2011).

Alfonso García Figueroa, defendendo essa segunda tese, ressuscita o pensamento de Jeremy Bentham do século XVIII em que “Nos diferentes países o ‘Ser’ do Direito é manifestamente distinto, enquanto que o ‘Dever Ser’ em todos os países é deveras semelhante” (RAMOS, 1973, apud FIGUEROA, 2003, p. 159, tradução nossa). Nesse sentido, Santiago Sastre Ariza, em paralelismo jurídico e filosófico com Robert Alexy, sublinha que “essas Constituições, contra as advertências kelsenianas, incorporam conteúdos materiais que adotam as formas de direitos, princípios, diretrizes e valores [...] com amplo grau de indeterminação [...] expressando uma forte carga valorativa de difícil precisão de conteúdo” (ARIZA, 2003, p. 241, tradução n).

Discutir o conteúdo e natureza das correntes constitucionais atuais é extremamente importante, já que a adoção de uma ou outra posição tem o poder de definir os caminhos pelos quais o Direito fará, e com ele toda a influência política, social e econômica a

que se destina. Seja pela tese *iuspositivista* da separação conceitual entre Direito e moral, seja pelo neomodelo constitucional antipositivista, teórico explicativo e descritivo do Direito, há ao menos uma convergência: a Carta Fundamental está passando por um processo de judicialidade e os intérpretes do conteúdo que a forma estão, cada vez mais, com uma nova perspectiva, aproximando elementos da filosofia e da política aos alicerces jurídicos.

Adverte-se quanto ao cuidado a que se deve lançar mão quando da aplicação de regramentos e ponderações internacionais no contexto jurídico nacional, uma vez que, ora a cópia indiscriminada de determinada teoria, ora a aplicação interna de regramentos cuja gênese se deu em realidade diversa, conduzem, certamente, ao fracasso.

Quando se levam em conta modelos estrangeiros ou produto de convenções internacionais, com frequência se pode cair em dois extremos: a) copiar indiscriminadamente ou, b) pretender incorporar ao direito nacional (tropicalizar) algumas instituições criadas sob esquemas e circunstâncias diversas. Em ambos os casos o fracasso está praticamente garantido.

É necessário encontrar um ponto de equilíbrio, as convenções internacionais produzem corpos que são (ou ao menos devem ser) princípios com uma generalidade tal que se apliquem em qualquer sistema jurídico do mundo e em qualquer realidade social, política e econômica. Por esta razão, quando um país adota um diploma internacional deve saber respeitar esse princípio geral e introduzi-lo na realidade nacional de modo que não resulte num aborto ou numa deformação (MÉJAN, apud NEGRÃO, 2010, p. 129-130).

Responder qual é esse ponto de equilíbrio é tarefa árdua na atual vigência do neoconstitucionalismo, carecendo ainda de clareza jurídica no que tange à aplicabilidade desse instituto. Mas essa será uma consequência da atividade própria do cientista do direito, seja pelo estímulo à criação de jurisprudência, provocando a necessária atuação dos tribunais, seja pela inovação doutrinária e discussão crítica da teoria. Para que se chegue a esse ponto de equilíbrio, a ciência do Direito reclama um estudo sistemático dos Direitos Fundamentais, suas características e métodos de interpretação, tangentes à ideia neoconstitucional, afastando o mero teor programático, conferindo real aplicabilidade a tais normas.

2.1 Direitos Fundamentais Neoconstitucionais

Os Direitos e Garantias Fundamentais são, atualmente, objetos de intensa

discussão doutrinária e jurisprudencial. Consequências de grandes batalhas e de relevantes fatos que marcaram a história, o desenvolvimento desses postulados pressupõe árdua luta social. A história revela que, nem sempre, a conquista, o desenvolvimento e a criação de textos normativos capazes de tutelar a dignidade da pessoa humana, se deram de forma mansa e pacífica.

Desvendar a origem desses direitos significa navegar por mares longínquos na presença de constantes ventos que nos levam a inúmeras dúvidas. Não de menor valor, encontramos resquícios históricos em uma das proposições de origem da vida, a criacionista. Robert Alexy afirma que “basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1,27: ‘Dios creó el hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’” (2003, p. 32). Restou consagrado nessas palavras o direito à igualdade, quando comparado com os escritos de “Paulo em sua Carta aos Gálatas 3,28: Não há judeu nem grego, não há homem nem mulher, pois todos vocês são um em Cristo Jesus” (ALEXY, 2003, p. 32, tradução nossa).

Há quem diga que não se trata de desvendar a gênese dos Direitos Fundamentais, mas sim, de quando foram eles retomados pelos homens, uma vez que a sociedade primitiva propunha a comunhão de bens na utópica participação comum democrática de interesses. “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários” (SILVA, 1990, p. 133).

Nessa reconquista, não se pode omitir a contribuição histórica de fatos mundialmente marcantes. Roma e Grécia antigas foram propulsoras, já alinhando vedações quanto a determinadas ações injustas da classe então dominante, proibindo penalizações de caráter corporal e, ainda, dando os primeiros passos na concessão de amparo legal à liberdade. “Não nos iludamos, contudo, porque essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante, mas, em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas” (SILVA, 1990, p. 134).

Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (SILVA, 1990, p. 134).

Foi na Idade Média que os precedentes de Direitos Fundamentais ganharam contorno jurídico. A princípio, como forma de limitar a monarquia vigente, surgiram as leis

fundamentais do reino embasadas pela ascensão do direito natural do homem. Cronologicamente, há resquícios históricos de que, em 1188, o Rei Afonso IX sustentou como objetivo de seu reinado a pacificação social com a busca efetiva da justiça, instrumentalizada pela proteção à propriedade privada, à segurança, à jurisdição, etc.

Entre os anos 1215 e 1225, como consequência dos reiterados julgados da Corte Inglesa e a formação do sistema *Common Law*, um dos mais importantes documentos foi editado na Inglaterra, a Magna Carta. “Longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres” (NOBLET, 1963, apud SILVA, 1990, p. 136). Apesar dessa verdade, a base estrutural jurídica e democrática da atual Constituição Inglesa foi desenvolvida como consequência desse documento.

Sucessivamente, surgiram mais dois importantes forais. Em 1265 o de Aragão e, em 1526 o de Viscaia, ambos tutelando determinada coletividade que, ao limitarem o poder monárquico e estabelecerem direitos e liberdades, garantiram, por consequência, direitos à pessoa na sua individualidade. Seguiram-se sob esse mesmo fundamento de embate entre nobreza e plebe a Petição de Direitos em 1628 e o *Habeas Corpus Act* em 1679. Esses últimos documentos deram origem, no ano de 1688, a Declaração de Direitos ou *Bill of Rights*, marco histórico importantíssimo, funcionando como um divisor de águas: antes monarquia absolutista pautada em poderes divinos, agora reinado constitucional, limitado à soberania dos novos titulares do poder, o povo.

Essas alterações não permaneceram trancafiadas na Europa ocidental. Atravessando o atlântico, agora em território americano, no ano de 1776 surgiu a Declaração de Direitos de Virgínia. “Não mais restrito a combater o poder incondicional das monarquias, vê-se que basicamente a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, comum sistema de limitação de poderes” (SILVA, 1990, p. 138).

Já em 1789, a história é tatuada pela ascensão do liberalismo ante a estagnação do sistema feudal absolutista, cuja deflagração ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Duguit afirma que esse documento traz um texto “de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais [...]” (1930, apud SILVA, 1990, p. 141).

Essa linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver, além dos documentos por últimos apresentados, a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a constituição americana, fato este

que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo impactantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nesse país, constituindo, assim, agora em versão americana, o *Bill of Rights* (SILVA, 1990, p. 139).

Com o decorrer do tempo, a crise do sistema feudal fez surgir uma nova estruturação política e econômica, baseada na obtenção de lucro e na absoluta concessão de liberdade nas relações privadas – o capitalismo. Com ele surgiu também problemas intrínsecos ao próprio sistema. A plebe da Idade Média ganhou agora uma nova nomenclatura, formando a classe trabalhadora, subjugada pela antiga nobreza, agora chamada de burguesia. O problema político de antes se estendeu, ganhando agora força econômica.

Levantaram-se diversos pensadores, entre eles Marx e Engels, criticando incisivamente essa nova forma de governar. Inevitável a concepção de um Direito Social. Publicado em 1848, “o *Manifesto Comunista* [...] foi o documento político mais importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês” (SILVA, 1990, p. 143). E foi nesse ano que o Direito do Trabalho foi instituído na Constituição Francesa.

Anos mais tarde, a base jurídica mundial mais uma vez ganhou novos horizontes. Em 1917, ano da Revolução Soviética, a Constituição Mexicana presenteou o ordenamento, expressamente, com os Direitos Sociais. O sistema capitalista ainda permanecia no país, porém, nesse momento da história, começava a sofrer eminentes restrições. Dois anos depois, paralelamente a idéia mexicana, ergueu-se a Constituição Alemã de Weimar, “abrindo seu Livro II com a rubrica dos *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, sob a qual inclui [...] os *direitos da vida social* (cap.II) [...]” (SILVA, 1990, p. 143).

Os reflexos sociológicos e filosóficos vividos nessa época, impulsionados pelos ideais marxistas, ultrapassaram as fronteiras desses países. “O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal (SILVA, 1990, p. 144). Foi em 1945 que essa assertiva ganhou feições concretas com a criação da Carta das Nações Unidas e, posteriormente, a elaboração da Comissão dos Direitos do Homem.

Como consequência precípua, em 1948, um documento altamente relevante para o mundo jurídico surgiu: a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada, constituindo, assim, um marco histórico confirmador do início da universalização dos Direitos Fundamentais.

de um Preâmbulo com *sete considerandos*, em que reconhece solenemente: a *dignidade da pessoa humana*, como base da liberdade, da justiça e da paz; o *ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o *direito de resistência à opressão*; finalmente, a *concepção comum desses direitos* (SILVA, 1990, p. 145)

Da criação desse documento até os dias atuais, o mundo inteiro passou por diversos problemas quanto à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. “Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, por sua realização eficaz” (CAMPOS, 1961, apud SILVA, 1990, p. 147).

Com o Brasil não foi diferente. Desde a época imperial até a Constituição Cidadã de 1988, de forma gradativa, os Direitos Fundamentais foram incorporados no sistema jurídico, na tentativa evolutiva de não ver tais direitos como mero aspecto superficial, mas efetivamente pragmáticos, norteados os três poderes constitutivos da República Federativa do Brasil, inclusive a esfera privada.

Surge assim o *neoconstitucionalismo* como novo paradigma jurídico. Utilizando como núcleo essencial os Direitos Fundamentais, o *neoconstitucionalismo* propõe um novo ver da Filosofia jurídica e política, bem como da teoria da norma, sem, no entanto, negar a historicidade que o antecede. Pelo contrário, o estudo à cerca dos movimentos *iusnaturalista* e *iuspositivista* são chamados a fazerem parte¹, mesmo que parcialmente, da construção *neoconstitucional*.

2.1.1 Direitos fundamentais e sua interpretação

O Direito só é fundamentalmente um instrumento de ascensão social por meio da interpretação. Sem ela, o fim precípua do Direito se perde por ausência do seu mais importante objeto. Por isso a senilidade do brocardo romano *in claris non fit interpretatio* não retira sua atualidade e grande relevância. Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro (1951, apud BONAVIDES, 2010, p. 693).

É a atividade investigativa cuja qualidade se estabelece na lógica e tecnicidade,

¹ Ressalva-se que as teorias naturalistas e positivistas não se convergem com o *neoconstitucionalismo*. É que esse novo paradigma jurídico não nega que sua existência deriva da convergência de vários valores, dentre eles, o legado deixado por aquelas duas, tão importantes para a Ciência do Direito.

ante a sede de compreender o “significado exato de uma norma jurídica”, palavras de Paulo Bonavides, afirmando que, “busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito (RADBRUCH, 1956, apud BONAVIDES, 2010, p. 693).

“Todo Direito é um ponto de vista sobre a Justiça, [...] mas em nenhum campo está tão presente, tão próximo esse mundo da ética, dos valores; esse mundo do homem e de suas necessidades, referência inelutável de todo Direito que pretenda ser justo, como neste campo do Direito dos direitos fundamentais” (BARBA, 1980, apud FIGUEROA, 2010, p. 28).

São de extrema importância as lições de Sergio Roberto Leal dos Santos advertindo que “os vocábulos *hermenêutica* e *interpretação* não se confundem, apesar de manterem uma estreita proximidade”. Assim, “o termo *hermenêutica* designa a atividade de natureza eminentemente teórica, dotada do objetivo de estabelecer os postulados e as técnicas que devem ser empregadas na atividade interpretativa” (SANTOS, 2008, p. 191), diferente do pragmatismo e praticidade da interpretação que responde, no caso concreto, qual a abrangência ou delimitação de um determinado texto normativo.

É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para sua realização (DINIZ, 1995, apud SANTOS, 2008, p. 191/192).

Na eterna subsistência de haverem leis, atos judiciais e, até mesmo, relações contratuais, longe de caracterizar um defeito, “[...] *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação” (SANTOS, 2008, p. 192). Segundo as palavras de Felice Battaglia “o momento da interpretação vincula a norma geral às conexões abstratas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema” (1951, apud BONAVIDES, 2010, p. 694).

Conforme lição de Celso Ribeiro Bastos (apud SANTOS, 2008, p. 193) “os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade”, o que justifica a imprecisão e vagueza da linguagem textual normativa, resultado da impossibilidade de prever todos os detalhes experimentados no caso concreto. Desta feita, o objetivo legal de dar ampla abrangência à norma, alcançando o maior número de casos fáticos possíveis resta obtido. E assim é que

A atividade de atribuição de um sentido a um enunciado normativo, com grande frequência, conduz a uma pluralidade de resultados interpretativos. Isso se dá em

virtude de dois principais fatores: a) a imprecisão imanente dos termos empregados nos enunciados; e b) as incontáveis variações das situações fáticas concretas (BASTOS, apud SANTOS, 2008, p. 193).

A transcendência normativa da interpretação dos Direitos Fundamentais deve ceder lugar à imanência da aplicação ao caso concreto. Assim, a ação de interpretar encontra sua gênese no mundo das ideias, não sendo aquela escrava desse, uma vez que soluções eficazes para os problemas cotidianos se encontram na concretização desse exercício mental (SANTOS, 2008, p. 193).

2.1.1.1 Tradicionais métodos de interpretação

Há dois pilares que sustentam a hermenêutica constitucional clássica. A atividade interpretativa, primeiro, possui natureza tão somente declaratória e, segundo, trata-se de uma ação análoga à interpretação da lei (SANTOS, 2008, p. 210). Por consequência, é por meio da vontade legal ou da vontade do legislador que se revela o real sentido da lei. É através dessa dicotomia que se posicionam as duas escolas clássicas de interpretação constitucional: a Subjetivista e a Objetivista.

É pelo distante passado do período romano e suas tradições que se sustenta a escola subjetivista, cuja preponderância de conteúdo recai sobre o voluntarismo do legislador e a sua intenção quando da criação do texto normativo. “Tratava-se de um agudo esforço por determinar a ‘mens legis’, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbiria revelar com fidelidade” (BONAVIDES, 2010, p. 706). A marca fundamental dessa corrente é o ato de vontade, primeiro o do legislador e, posteriormente, o do juiz. O clássico racionalismo e o dogmatismo legal foram, por essa escola, fragilizados, perfilhando, a partir do século XX, do entendimento cujo objetivo era o de enaltecer o voluntarismo.

“Mas a pergunta a que os subjetivistas jamais responderam com clareza foi esta: em que consiste a vontade do legislador? Será ela a vontade qual fenômeno psicológico ou a vontade entendida como metáfora, referida a uma dimensão normativa?” (BONAVIDES, 2010, p. 706).

Foi o que os objetivistas tentaram responder. Essencialmente, essa corrente prega que “a lei é mais sábia que o legislador” (SCHNEIDER, apud BONAVIDES, 2010, p.

707). E mais, “desde o momento da publicação da lei, todo o pedestal de intenções e desejos do legislador cai de um só golpe, de maneira que daí por diante passa a lei a repousar unicamente sobre si mesma” (BINDING, 1885, apud BONAVIDES, 2010, p. 707).

A vontade do legislador, a par de tudo quanto possa historicamente documentar-lhe a manifestação, entra a ter, pois, função apenas subsidiária, ficando assim a lei desmembrada de suas origens, inteiramente autônoma, dotada de força ou vida própria, capaz de acomodar-se às variações emergentes no seio da realidade social a que se vai aplicar (BONAVIDES, 2010, p. 707).

Autonomia e vida própria são qualidades interpretativas da escola objetiva que revelam o caráter progressista em face do conservadorismo subjetivo, conforme lições do jurista Schneider. É por essa razão que a lei, objetivamente interpretada, ganha flexibilidade ante a intensa modificação pela qual sofre, a todo o tempo, a realidade (1963, apud BONAVIDES, 2010, p. 708). É a vontade da lei em desprestígio a vontade do juiz ou a do legislador.

2.1.1.2 Modernos métodos de interpretação

Essas clássicas lições constitucionais deram à luz os modernos métodos de interpretação, conforme as lições do douto Paulo Bonavides: lógico-sistemático, histórico-teleológico e voluntarista da Teoria Pura do Direito. Em que pese o “conformismo imposto pelas técnicas interpretativas tradicionais em voga no curso do século XIX, que afastavam o intérprete da realidade social” (BONAVIDES, apud SANTOS, 2008, p. 220), ganhou importante contorno jurídico a essência da lei. Mais vale o espírito à literalidade do texto normativo.

“A interpretação lógica é aquela que, sobre examinar a lei em conexão com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a ‘ratio’ ou ‘mens’ do legislador” (MERKEL, 1913, apud BONAVIDES, 2010, p. 696). Essa aplicação da vontade exata da lei, realizando a reconstrução do pensamento e intento do legislador da época, somada ao fato de que um texto de lei está sempre inserido em um contexto normativo, formando um todo jurídico, é que faz nascer o método Lógico-Sistemático.

“A interpretação sistemática funda-se na constatação de que um enunciado

normativo jamais se manifesta em estado de isolamento, já que ‘um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum’” (GRAU, 1991, apud SANTOS, 2008, p. 213). “Assim, deve o intérprete considerar que o enunciado normativo se encontra inserido em um conjunto maior, formando por uma pluralidade de normas que são capazes de manter uma unidade sistêmica” (DINIZ, 1995, apud SANTOS, 2008, p. 213).

A interpretação lógico-sistemática é instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, “a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos” (BONAVIDES, 2010, p. 700).

Dando continuidade nesse raciocínio, sem quebra lógica do mesmo, há quem preserve o contexto histórico pelo qual aquela determinada lei foi criada, enfatizando na interpretação todo o enredo legislativo e o projeto que deu origem ao texto legal. Tal característica é bem evidente na família *Common Law* que prestigia deveras a historicidade da lei. Essa perspectiva histórica ganha ainda mais prosperidade quando associada ao fim a que a norma se destina. “Por último, não menos importante, merece destaque a etapa interpretativa teleológica, que determina que o intérprete deve sempre aplicar a norma em conformidade com a finalidade para qual ela foi criada” (SANTOS, 2008, p. 214).

Daí decorre o método histórico-teleológico, que se consubstancia ou caracteriza por ser “uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanação da própria norma”, ressaltando a vontade daquele que interpreta em detrimento à vontade daquele que criou a lei (ROMANO, 1953, apud BONAVIDES, 2010, p. 701).

Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei. Carbone e Gianini ponderam, todavia, que a lei já se modificara por si mesma, em razão de sua inserção no sistema de outras leis (CARBONE, 1939, apud BONAVIDES, 2010, p. 701).

Essa interpretação que, anteriormente, admitia tão somente uma única solução correta pautada na aparente certeza que a própria lei sustentava, cedeu lugar a uma nova compreensão. O juiz unicamente com a “função mecânica de verificar certas premissas e extrair delas silogisticamente sua conclusão lógica”, perdeu seu trono, reinando em seu lugar,

para Hans Kelsen, a afirmação de que “a norma não contém nenhuma decisão referente à maior importância valorativa dos interesses em jogo, cabendo antes ao ato estabelecido da produção normativa – a decisão judiciária, por exemplo – decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente” (1934, apud BONAVIDES, 2010, p. 702).

Cumpra observar a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, “quando ele entende que a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo, um *Sinngebung*) e não um ato de cognição (um ato intelectual, um *Sinnverstaendnis*)” (1934, apud BONAVIDES, 2010, p. 702), confirmando que a eleição de um ou outro significado decorrente de um texto normativo é resultado do *animus* do intérprete, e não de sua inteligência. Assim, “na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger um de seus possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência” (SCHAEFFER, 1971, apud BONAVIDES, 2010, p. 702).

Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito. As reflexões de Kelsen acerca de interpretação reforçam, enfim, consideravelmente, a importância da função que cabe ao juiz na ordem judicial (BONAVIDES, 2010, p. 705).

Kelsen afirma que há sempre uma relação condicional na escala hierárquica normativa, subordinando a patente inferior à superior, “conforme o processo de criação e aplicação do direito, que nos conduzirá da norma antecedente à norma subsequente”. Nesse passo, a norma de elevada superioridade “não só define o procedimento de produção da norma mais baixa, senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida” (KELSEN, 1934, apud BONAVIDES, 2010, p. 702). Entretanto, em não sendo tal definição completa, permanece sempre o espaço, grande ou pequeno, do intérprete de preencher o conteúdo da norma autônoma e voluntariamente.

É por esse motivo que tal método Voluntarista da Teoria Pura do Direito não se confunde com o voluntarismo da Escola de Direito Livre que capitaneia ampla liberdade ao juiz na sua atividade interpretativa. Kelsen, por outro lado, prende a vontade do juiz às normas gerais, vendando-o de interpretar o texto normativo de forma a dar qualidade estranha ao seu real conteúdo.

2.1.1.3 Uma interpretação bem sucedida

Após a elucidação dos principais métodos de interpretação surge o inevitável questionamento: qual é o melhor processo interpretativo? O gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, segundo Savigny, constituem “diferentes atividades a atuarem conjugadas, se porventura quisermos obter uma interpretação bem sucedida”. (1840, apud BONAVIDES, 2010, p. 709). Imprescindíveis são as linhas de Paulo Bonavides:

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis (BONAVIDES, 2010, p. 713).

De fato, a resposta dessa questão é um tanto quanto desalentadora. A aplicação das leis, por vezes, produz frutos extremamente antagônicos, porquanto se conclui que nenhum processo interpretativo oferece, *de per se*, “uma infalível receita para estabelecer o sentido preciso das leis”. Assinala Pasquier que interpretar é mais uma arte intimamente voltada para a vida do que uma ciência propriamente dita, fazendo com que o intérprete “entenda para agir ou de qualquer maneira para decidir” (PASQUIER, apud BONAVIDES, 2010, p. 710).

2.1.2 Direitos fundamentais e suas características

Os Direitos Fundamentais no ordenamento brasileiro estão coroados com uma posição jurídica privilegiada. Na formação do Estado Democrático de Direito, o legislador originário prendeu a República Federativa do Brasil não só ao respeito a liberdades individuais, mas consagrou a proteção de valores historicamente conquistados como basilares do próprio sistema de poderes.

Da leitura dos textos que positivaram na Constituição Federal os Direitos Fundamentais, inumerável é a possibilidade interpretativa. Relevante a posição doutrinária de

Robert Alexy, cujas acepções interpretativas a cerca do Direito Constitucional Alemão são de grande importância. Renomado autor afirma que:

La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta en si inócua, pero su conjunción con las demás comporta problemas ciertamente devastadores, que se expresan a continuación (ALEXY, 2003, p. 32).

Em livre tradução, o Direito Alemão pressupõe quatro características decorrentes da interpretação dos Direitos Fundamentais: máxima superioridade, máxima força jurídica, máxima importância aos bens jurídicos protegidos pelos Direitos Fundamentais e, por fim, máximo grau de indeterminação.

A posição de Alexy acerca do Constitucionalismo Alemão é pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro. Guardadas as devidas diferenças entre um sistema jurídico e outro, essas quatro perspectivas podem servir de base para a interpretação constitucional dos Direitos Fundamentais brasileiros.

2.1.2.1 Máxima superioridade

Compreende essa característica a clássica Teoria Normativa Pura de Hans Kelsen. “Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem” (KELSEN, 2003, p. 34).

“É o primeiro extremo, a máxima superioridade no ordenamento é o resultado da simples circunstância de que os direitos fundamentais se encontram regulados pela Constituição” (ALEXY, 2003, p. 33). Portanto, todo ato ou norma hierarquicamente inferior aos Direitos Fundamentais padecem de controle de constitucionalidade segundo os ditames do princípio *lex superior derogat legi inferiori*.

2.1.2.2 Máxima força jurídica

Robert Alexy afirma que “no Direito Alemão, o artigo 1.3 da Lei Federal dispõe que os direitos fundamentais vinculam diretamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (2003, p. 33, tradução nossa). Não é diferente no Brasil. Tal entendimento decorre da sistematização da Constituição Federal pelo princípio da harmonia, cooperação e vedação ao retrocesso.

A máxima força jurídica dos Direitos Fundamentais encontra razão nos três primeiros artigos da Constituição. Essa suprema carta afirma ser a dignidade da pessoa um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, que é formada por três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos entre si. Aprisiona, ainda, essa formação estatal em vários objetivos, sendo um deles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Também encontra sólidos argumentos no fato de que grande parte dos Direitos Fundamentais pátrios é petrificada pela Constituição Federal. Cláusulas pétreas referem-se a um núcleo intangível de normas constitucionais, cuja restrição ou modificação para pior é altamente vedada. Isso alimenta ainda mais o fato de possuírem o máximo de força jurídica possível do ordenamento. Robert Alexy diz que não se trata de meras declarações pragmáticas que não gozam de tutela jurisdicional, mas, pelo contrário, os Direitos Fundamentais fazem presença jurídica concreta, a começar pelas relações administrativas, até terminar na mais alta corte que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal Federal (2003, p. 32).

Toda a Teoria do Direito e da Norma, bem como a Filosofia Jurídica, estão sendo revistas e reestudadas, por essa força jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Sob a óptica da constitucionalização de todos os ramos do direito, a força normativa desses Direitos Fundamentais não se restringe ao Poder Público, como outrora era posto, mas como delineador de todas as relações privadas, Seja jurídica ou extrajurídica, pública ou privada, a relação deve sempre apontar para a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais.

2.1.2.3 Máxima importância do conteúdo

O Brasil enquanto pessoa jurídica pública está calcado sobre o binômio República Federativa e Estado de Direitos. Essas duas características se formam a partir dos

valores, explícitos e implícitos, adotados pela Constituição Federal. Como Carta Garantista, consequência de longos anos de opressão ditatorial, o cerne estatal brasileiro se vinculou aos Direitos e Garantias Fundamentais. Esses são os essenciais atributos do Estado brasileiro, inerentes à própria “estrutura básica da sociedade”, nas palavras de Robert Alexy (2003, p. 34, tradução nossa).

A Constituição Federal, na formação do governo/sociedade, estatuiu, entre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como características estruturais da sociedade (art. 1º, CF). A construção de uma sociedade livre, justa e solidária são seus objetivos (art. 3º, CF).

Elegeu ainda um extenso rol de Direitos Fundamentais (art. 5º, incisos, e outros, CF), como a dignidade, a vida, a integridade física, a propriedade, a tutela jurisdicional, a liberdade de imprensa e de religião, entre diversos outros valores cujos bens jurídicos são imprescindíveis para a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

2.1.2.4 Máximo grau de indeterminação

As três propostas já elencadas só ganham sentido quando analisadas em conjunto com o máximo grau de indeterminação dos Direitos Fundamentais. Significa que não é possível cimentar tais direitos, enrijecendo-os de tal maneira que restrinja sua aplicabilidade. O legislador originário, ao promover os Direitos e Garantias Fundamentais, não quis, por sorte, limitá-los ao texto legal constitucional. Devem, esses direitos, a fim de alcançar com eficácia o caso concreto, ultrapassar a literalidade e formalidade do texto.

Traz isso consequências à Segurança Jurídica? Evidente que sim. Mas, contrariamente ao senso *kelseniano* dos que pensam que a indeterminação significa insegurança para o ordenamento, o máximo grau de indeterminação, na verdade, cria um ambiente de eficácia e real aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, promovendo a busca incessante por estados ideais originariamente previstos pela Constituição Federal, cuja consequência é confiança e credibilidade jurídica.

Los tres extremos tratados hasta ahora, el máximo rango, la máxima fuerza jurídica y la máxima importancia del objeto de regulación, solo se convierten en un verdadero problema a través de su conexión con un cuarto extremo, el del máximo

grado de indeterminación. Éste se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional (ALEXY, 2003, p. 35).

Essa característica é a confirmação da quebra paradigmática que ocorreu no final do século XVIII como consequência histórica de grandes opressões de uma minoria elitizada monárquica. A ruptura de pensar os Direitos Fundamentais tão somente como uma utopia jurídica, um sonho irreal e inatingível, agora se transforma: primeiro, fazendo deles direitos positivados e, segundo, aplicando-os conforme o caso concreto, interpretando-os de forma a irradiarem em todas as relações – essa é a razão da máxima indeterminação.

“Os direitos fundamentais são o que são sobre tudo através da interpretação” (ALEXY, 2003, p. 35, tradução nossa). É porque, na verdade, “O direito não existe fora da sua interpretação, mas apenas tal como é continuamente interpretado e reconstruído” (ASCARELLI, 1952, apud NUNES, 2001, p. 34).

A liberdade necessária de interpretação dos Direitos Fundamentais decorre das três assertivas já elencadas, uma vez que esses Direitos revelam máxima superioridade, pois norteiam a criação e aplicação legal, máxima força jurídica em razão da preponderância desses no ordenamento, máxima importância do bem preservado, tendo em vista que tais Direitos são a própria essência do Estado. Assim, a indeterminação que permite a livre interpretação de acordo com o caso concreto decorre das características constitucionais dos Direitos Fundamentais.

2.1.3 Direitos fundamentais e democracia

A relação entre Direitos Fundamentais e democracia é de longa data discutida. Com o surgimento dos primeiros passos do novo Estado Democrático de Direitos amplamente subordinado aos dizeres constitucionais, vê-se o Direito cada vez mais atrelado a política e sociedade, buscando na Ciência e principalmente na Filosofia a aproximação do “ser” do Direito com o seu “dever ser”.

O grande questionamento que se segue é quanto à confrontação sócio política (que gera inevitavelmente nuances jurídicas) idealizada pela Constituição Federal e os Direitos Fundamentais. É competente para delimitar a interpretação constitucional o Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF). Essa delimitação é unilateral, ou seja, não depende de

aprovação dos representantes eleitos pelo povo.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal está legitimado constitucionalmente a proferir decisões vinculantes, cuja força é de tal amplitude que orienta os demais Poderes da República brasileira. Isso confirma a harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF), sustentada pelo princípio da vedação ao retrocesso e invasão de Poderes.

“¿Resulta esto compatible con el principio democrático, cuya esencia se expresa bajo su formación clásica em el artículo 20.2 frase 1 LF: Todo poder público emana del pueblo?” (ALEXY, 2003, p. 37).

Em tradução livre e adaptando o texto conforme orientação jurídica brasileira (art. 1º, parágrafo único, da CF: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), afirma-se que a Suprema Corte nacional pode emitir decisões, cuja matéria seja vinculante a ponto de impossibilitar ações legislativas ou executivas contrárias, que afrontam tal decisão. Ora, são dois Poderes cuja legitimação veio do povo e para o povo. Resulta isso em afronta à democracia?

2.1.3.1 O enfoque das teorias ingênua, idealista e realista

“Existem três formas de contemplar a relação entre Direitos Humanos e Democracia: uma ingênua, uma idealista e uma realista” (ALEXY, p. 37, tradução nossa). Sob uma fundamentação dualista e sincrética, a visão ingênua afirma não haver divergência entre Democracia e Direitos Fundamentais. Lançam mão do maniqueísmo para sustentar tal posicionamento: duas coisas boas não podem se colidir – sendo a democracia e os Direitos Fundamentais ambos bons, podem eles conviver juntos sem limite algum. “Essa visão de mundo é demasiada bela para ser verdade” (ALEXY, 2003, p. 37, tradução nossa).

A análise do conteúdo dos Direitos Fundamentais torna insubsistente esse posicionamento. O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas. Essa mesma carta constitucional, no art. 220, ampara a liberdade de imprensa. Sem dúvida, são bens jurídicos essenciais do Estado Democrático de Direitos. Sem embargos, não é possível aplicá-los irrestritamente. Mesmo sendo dois atributos necessários para a efetivação garantista do Estado, há um conflito evidente entre esses bens.

Reconhecer a aplicação conflituosa entre os bens essenciais do Estado é característica da corrente idealista. Essa visão retoma valores do início do século XIX, o Idealismo Alemão desenvolvido por Fichte, Kant e Schelling. Propunha que “[...] a realidade objetiva é produto do espírito humano” ou da “existência de um único princípio [...] que rege todas as coisas” (COTRIM, 2002, p. 188).

A democracia e os Direitos Fundamentais, portanto, são proposições ideais alienígenas a esse mundo. “O povo e seus representantes políticos não estão interessados em lesionar os Direitos Fundamentais dos Cidadãos por meio de decisões parlamentares majoritárias, e, portanto, por meio das leis”, uma vez que os primeiros são os detentores do poder por império constitucional e os segundos só o são por meio da legitimação do sufrágio universal (ALEXY, 2003, p. 37 e 38, tradução nossa).

O próprio povo legitima os Poderes Legislativos e Executivos, por meio do sufrágio universal. Assim, a motivação política sempre guardará reciprocidade com a vontade da maioria, e, portanto, sempre buscará a efetivação dos Direitos Fundamentais. Isso leva a conclusão de que, também no âmbito privado, a aplicação do princípio democrático legitima o resultado, pois se consubstancia na vontade da maioria. Essa é a crença e, quiçá, o desejo de todos, sendo que “[...] esse modelo tem, desde logo, seu valor, mas é possível compreender que esse ideal resulta inalcançável” (ALEXY, 2003, p. 38, tradução nossa).

Saindo desse plano imaginativo surge a atuação da visão realista que reconhece o possível choque entre os Direitos Fundamentais e a Democracia. Mantém-se o pressuposto lógico da convivência conflituosa entre bens essenciais, ponderando-os sob duas perspectivas divergentes. Conforme Robert Alexy (2003, p. 38), os Direitos Fundamentais são extremamente democráticos e, ao mesmo tempo, extremamente antidemocráticos.

2.1.3.2 Direitos fundamentais democráticos e antidemocráticos

O procedimento democrático é pautado por valores constitucionalmente positivados, cujo teor é herança de imensuráveis lutas históricas. São valores supremos pessoais garantidos aos cidadãos: a liberdade e a igualdade. Assim, “o funcionamento do processo democrático por meio da proteção à liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como o direito ao sufrágio e outras liberdades políticas” (ALEXY, 2003, p. 38) é a razão de serem os Direitos Fundamentais extremamente

democráticos.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais colocam em xeque o teor democrático *strictu sensu*. Por tutelarem bens jurídicos imprescindíveis para a consolidação garantista e republicana estatuída em 1988 pela Constituição Federal, os Direitos Fundamentais, ao mesmo tempo em que garantem um procedimento democrático justo, não ficam subjugados ao seu resultado. É por meio da tutela aos Direitos Fundamentais que o procedimento democrático torna-se justo, entretanto, nem sempre os meios preconizam os fins. Havendo um devido procedimento, em respeito às liberdades individuais, sua seqüela pode, por vezes, não trilhar o mesmo curso.

Outro aspecto relevante à característica antidemocrática dos Direitos Fundamentais leva em conta o reflexo sociológico experimentado na atual pós-Modernidade, cuja afirmação recai na impossibilidade de crença no absoluto. Não há mais verdades absolutas e, esse discurso considerado pela massa, quando confrontado, coloca os seus contrários como entes retrógrados e totalitários, sendo essas acusações, de fato, suas próprias características. Apesar de ser a afirmação paradoxal, porque ela própria é uma verdade relativa, dela decorrem diversas consequências jurídicas.

A pregação do relativismo tomou tamanhos contornos que sacrificar a democracia utilizando dos meios legais aparentemente é autorizado, desde que legitimamente (leia-se, democraticamente) aconteça. O Estado Constitucional interpretado dessa maneira, “por mor da estrita coerência com os seus princípios, é obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo, a quem não se pode impor que viva em liberdade se *livremente* ele se decidir a perdê-la” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 9).

Uma vez que o legado da Segunda Grande Guerra Mundial foi a impossibilidade de impor uma verdade absoluta, pelo perigo que ela representa, não há óbice, nesses termos, de que a democracia se proteja, lançando mão de todos os meios eficazes para resguardar seus conceitos basilares, mesmo que majoritariamente queiram rechaçá-los. É conveniente, portanto,

[...] que, sob ameaça de morte, a democracia se defenda e ataque os liberticidas, não se deixando imolar sob uma compreensão equivocada de si mesma, que a tanto equivaleria quedar-se passiva diante do perigo, aguardar o seu sacrifício ou, resignadamente, caminhar para o patíbulo com as próprias pernas só porque, num momento de eclipse da razão coletiva, uma turbamulta logrou empolgar o poder e sacrificar as liberdades públicas. Não! (ZAGREBELSKY, 2011, p. 10).

Isso decorre “porque a democracia não é apenas um sistema de governo,

assentado no princípio majoritário, mas também, ou antes de tudo, uma filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 10). E assim, conforme ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “se a maioria é fraca, se é frouxa, se escorrega para o totalitarismo, é preciso defendê-la contra a própria maioria” (1966, p. 60).

O grande desafio dessa ponderação entre Direitos Fundamentais e Democracia, verso esse que verticaliza e dificulta ainda mais o tema, é eleger um “*critério de verdade* que legitima a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos *direitos humanos*” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 11).

Em âmbito jurisdicional internacional, é possível afirmar, sem embargo, que, enquanto a palavra “universal”, que é utilizada numa autoafirmação ainda ilógica dos Direitos Humanos, for sinônima de “ocidental”, será frustrada a conciliação entre Direitos Fundamentais e Democracia. Inocêncio Mártires Coelho confirma a complexidade e perplexidade, nas seguintes reflexões:

Pode um motociclista *sikh* exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?
 Cabe exigir de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida *kosher*?
 Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?
 Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa? Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?
 Deve-se permitir aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?
 Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?
 Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?
 O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?
 Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?
 Podem os imigrantes exigir que o enterro dos seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?
 Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?
 Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em alto-falantes da chamada do muezim para as orações, assim como se permite o toque dos sinos nas torres das igrejas cristãs?
 Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?
 Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo

cultural?

Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem? (ZAGREBELSKY, 2011, p. 12 e 13).

Tal sentimento parece ser compartilhado por todos, ao menos deveria, de tal sorte que ainda há inquietude e insatisfação às respostas dadas até então. Está a democracia apta a “enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas *corretas* mas também *justas*, vale dizer, plenamente justificadas *por dentro e por fora*” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14), corroborando assim com um Estado Constitucional de Direito equilibrado a um Estado Constitucional Social, e não um em detrimento ao outro?

Inocência Mártires Coelho continua, afirmando que “nesse terreno, qualquer pretensão de acerto absoluto ou de uma só resposta correta será autoilusória ou simplesmente ingênua, e todo ceticismo radical não mais que uma fuga envergonhada” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13). Ademais, “qualquer posicionamento deverá ser flexibilizado diante da apresentação de melhores razões que apontem para a necessidade de sua alteração” (SILVA, 2008, p. 194).

Ultrapassadas as questões de caracterização e interpretação dos Direitos Fundamentais, perpassando pela democracia e reconhecendo nela importante relacionamento, parte-se para análise do lugar em que estão posicionados no ordenamento jurídico nacional. Não foge à regra global dos estados democráticos: os direitos fundamentais constituem a carga axiológica da Carta Maior. O norte dos Poderes da Federação decorre dessa carta, estreitando e definindo os caminhos pelos quais o Poder Público percorrerá. O Poder Público, bem ou mal, é a representação de toda a nação e é por essa razão que a constitucionalização dos direitos e suas, por muitas vezes, divergentes consequências são extremamente importantes.

3 A EFICIÊNCIA NEOCONSTITUCIONAL DO PROCESSO JUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

A recuperação judicial de empresas está prevista nos arts. 47 a 69 da Lei n.º 11.101/2005, garantindo a plenitude de um dos objetivos constitucionais, a de garantir o desenvolvimento nacional pela edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88), assegurando que a ordem econômica seja fundada na dignidade e na justiça social (art. 170 da CF/88). “Registre-se que dita lei vem ao encontro dos anseios tão clamados, de há muito, pelos operadores do Direito e também de seus destinatários” (MILANI, 2011, p. 42).

“A recuperação da empresa antes de ser um *processo judicial* é um *processo negocial-empresarial*, pois o seu sucesso dependerá primordialmente não da tutela judicial, mas da capacidade da empresa *em crise* em negociar com seus credores [...]” (LAZZARINI, 2009, p.124). Tem por objetivo mediato o “saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores” (COELHO, 2008, p. 381-382).

Conforme ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 406-432), o processo judicial de recuperação de empresas pode ser dividir em três fases. A primeira delas é a fase “postulatória” que se inicia com o pedido de recuperação pela empresa em crise e termina com o despacho judicial ordenando o processamento do feito. Esse ato dá início à segunda fase, chamada de “deliberativa” que compreende a verificação dos créditos e a aprovação ou não do plano de soerguimento empresarial, tendo como termo final a decisão judicial de concessão da recuperação. Logo após há a fase de “execução” cujo fim se dá com a sentença de encerramento do processo de recuperação. Essa terceira fase compreende o cumprimento do plano de recuperação e intensa fiscalização dos credores.

3.1 Da n.º Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas)

A Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas (LRE) –, é, sem sombras de dúvidas, peça fundamental no cenário político, econômico e social do Brasil. A finalidade principal desse texto legislativo é a preservação da atividade

empresarial enquanto fonte produtora de bens sociais, desde a geração e manutenção de empregos até o recolhimento de tributos, ante ao fomento de criação de produtos, bens e serviços, delineando, conseqüentemente, as estruturas da política econômica pátria.

Em relação ao revogado Decreto Lei n.º 7.661/45, a nova Lei de Recuperação de Empresas trouxe maior otimização, profissionalização e modernização ao processo, tanto falimentar quanto de recuperação. A despeito de relevantes incongruências, seja qual fosse o benefício trazido, tratar-se-ia essa inovação legislativa como um reluzente ponto de esperança em meio ao caos provocado pelo antigo regime falimentar. Conforme Fábio Ulhoa Coelho, “estamos partindo de uma situação caótica e desanimadora e qualquer melhoria, por menor que seja, servirá de alento não só aos profissionais do direito, mas a toda a economia”.

A regulamentação da falência e da recuperação de empresas definida pela Lei n.º 11.101/2005, antes de ser notoriamente inovadora, foi também necessária para que fossem possíveis os primeiros passos à materialização de uma política econômica nacional segura e estável. A sua publicação e efetiva concretização é uma das ferramentas que está alterando a realidade brasileira, possibilitando ao país figurar futuramente, com grande chance, no rol das grandes potências mundiais.

Daí a pequenez de tratar esse texto normativo, ou como mera solução para uma determinada empresa que se encontra em crise, ou como marco regulatório do Fisco, já que não constitui objetivo da lei nem a mera concessão de benefícios a devedores nem, única e exclusivamente, a garantia de arrecadação aos cofres públicos.

“A Lei tem por objetivo a recuperação das empresas recuperáveis e a eliminação das irrecuperáveis do mercado, sem subterfúgios jurídicos ou de mera legalidade formal”, o que concretiza a literalidade do art. 47 da Lei. Nesse sentido, “se bem estudada e aplicada, será um marco no Brasil, para que ele deixe de ser, eternamente, o ‘país do futuro’ e se converta, desde logo, no ‘país do presente’” (MACHADO, 2005, p. 121).

Esses termos redundam na importância da Lei de Recuperação de Empresas para com o Brasil. Quando se fala em bens sociais, volta-se, desde logo, a Constituição Federal, grande norteadora e fomentadora de princípios desse teor. Da mesma forma que o Brasil experimentou um grande avanço jurídico em 1988 com a promulgação dessa Carta, também em 2005 houve uma intensa alteração jurídica no que tange a política econômica com o advento da Lei n.º 11.101.

Essa aproximação entre o que propôs essa Lei e os aspectos sociais constitucionais que a ela guardam convergência possibilita o olhar *neoconstitucional* quando dá sua materialização, uma vez que o processo judicial bem como o pronunciamento que dele

decorre se subordinam logicamente aos Direitos Fundamentais.

Por se tratar do Brasil, seria deveras inocência admitir a hipótese de resguardo absoluto dos almejados interesses sociais quando da alteração de normas diretamente relacionadas à política econômica. Aliás, é lamentável a constatação de que boa parte dos frutos dos processos legislativos guardam interesses particulares, tendendo a proteção de causas manifestamente incongruentes, desassociada do aspecto de proteção à coletividade.

Em parte, não difere a Lei n.º 11.101/2005 dessa realidade. Alguns dispositivos legais geram divergência interpretativa, e soma-se a isso a problemática da falta de preparação, por vezes, do Poder Judiciário de tratar de lides dessa natureza. Essa má característica é perceptível por diversos fatores, entre eles a intensa influência das instituições financeiras quando da criação do texto normativo, a morosa tramitação pela qual passou a Lei no Congresso Nacional – mais de uma década –, bem como as alterações textuais realizadas na lei nesse ínterim.

Três aspectos geram intensa divergência, tanto jurisprudencial quanto doutrinária. O primeiro versa acerca da divisão de créditos feita pela Lei de Recuperação de Empresas e a exclusão de parte deles do plano de recuperação. O segundo, sobremaneira importante, é a (im)possibilidade da recuperanda em participar de pregões em processos licitatórios. Por fim, o terceiro aspecto leva em consideração o nível de subordinação pelo qual está atrelado o magistrado competente para modificar o resultado da assembleia de credores, quando da desaprovação do plano de recuperação.

3.1.1 A empresa inserida no mercado e seus princípios reguladores

Prescinde o estudo à cerca da LRE a compreensão de empresa. Conforme lições de Comparato, empresa significa uma instituição social que, com sua influência, dinamismo e poder de transformação, explica e define a própria civilização contemporânea. Bulgarelli ainda afirma que, em grande parte das vezes, a empresa é “um centro de imputação de direitos, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária” (apud FORGIONI, 2009, p. 124/127).

Para Luiz Fernand Valente de Paiva, empresa é a “atividade economicamente organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, congrega múltiplos interesses e está sujeita a ciclos de crescimento e variações de desempenho” (2005, p. 73).

Empresa é, portanto, um agente econômico. Ela não se encerra em um “ser”, nem é possível essa pormenorização na atual economia pós-moderna. O seu conceito está atrelado com o “agir”, de forma que a compreensão de empresa se dá pela análise de sua atuação no mercado. Necessariamente, definir empresa, então, implica em uma ampla observação do local pelo qual desenvolve sua atividade.

O conceito de mercado, por sua vez, também não pode ser diminuto. Recorrendo a Asquini, é possível conceituar o mercado como um “fenômeno poliédrico”, ou seja, sob quatro perspectivas, cuja compreensão de uma implica, necessariamente, na existência das demais, não sendo possível a supressão de qualquer delas.

Os contornos do mercado, nessa linha de raciocínio, expressam quatro importantes dimensões a ser consideradas. São elas: a dimensão econômica, pois revela ser um lugar de troca de mercadorias; a dimensão política, pois a dinâmica de mercado é não natural, mas sim fixada por opções políticas; a dimensão social, já que os princípios de caráter social delimitam o mercado, transformando-o em um sistema constitucionalmente assegurado; e, por fim, a dimensão jurídica, já que contrato e propriedade, antes de indispensáveis à existência das relações econômicas, são institutos jurídicos (apud FORGIONI, 2009, p. 186/229).

O mercado é, por definição, uma instituição econômica e jurídica ao mesmo tempo, representado pelo seu estatuto jurídico, como tal caracterizado por escolhas políticas. [...] O mercado é, assim, um *locus* não natural, mas ao menos parcialmente artificial, onde a liberdade econômica é historicamente definida pelo contexto cultural e normativo (PERLINGIERI apud FORGIONI, 2009, p. 229).

O mercado brasileiro possui, portanto, essas quatro dimensões, abarcando o local de vida da empresa, sendo que essa, por sua vez, encontra nele razão de existir. Mesmo com esses traços marcantes, o mercado padece de forma se restrito a essas conjunturas. Nesse contexto afirma-se que Mercado e Empresa não existem se não houver direito, pois são nas normas jurídicas que encontram molde.

Merece guarida a ressalva de que ambos os institutos só ganham forma com a interpretação dos princípios a eles esculpidos, principalmente aqueles expressos na Constituição Federal. Assim, os contornos do mercado econômico norteiam a atividade empresarial, reclamando indubitavelmente pela primazia axiológica dos Direitos e Garantias Fundamentais. É por essa razão que “devem ser vistos os princípios classicamente ligados ao seu funcionamento: *livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar, e direito de propriedade*” (FORGIONI, 2009, p. 205).

O mercado enquanto fluxo de trocas fomentadas pelas empresas reclama, primeiro, liberdade de atuação contratual. A *ratio essendi* dessa arena de disputas é o livre acesso a esse local, oportunizando a circulação comercial de bens, produtos e serviços. Essa acessibilidade, bem como a segurança de permanência no mercado, são próprios do capitalismo, núcleo essencial do princípio da livre iniciativa. Dele decorrem a liberdade empresarial, a liberdade contratual e a liberdade concorrencial.

Essa liberdade só ganha sentido com o segundo aspecto, já que é garantida à empresa a disputa. Ela é livre para criar, desenvolver e decretar sua própria extinção, em meio a uma área de competição marcada pela disputa de trocas entre os agentes econômicos cujo instrumento é a celebração de contratos e pela segurança de que tal atividade não será subtraída por outros indevidamente. Em outras palavras, a liberdade da empresa deve estar fincada numa arena segura de competição em que se disputam trocas que, por sua vez, são feitas por meio de contratos.

A liberdade empresarial somada à garantia da oportunidade de disputa resulta, conseqüentemente, na liberdade de contratar. A interação entre os agentes econômicos, vinculando uma empresa à outra, se instrumentaliza com a celebração de contratos e com o direito à execução dos mesmos, em prol do *pacta sunt servanda*. “Não há disputa pelas oportunidades de troca se não houver liberdade de contratar” (FORGIONI, 2009, p. 211), sendo que o bom funcionamento do sistema de mercado depende de garantir aos agentes econômicos a oportunidade de contratar.

Prejudicadas estariam essas liberdades que estruturam o mercado se o direito fundamental a propriedade não fosse eficazmente promovido. Conforme lições de Orlando Gomes, “A ‘ideologia do contratualismo’ desvenda sua verdadeira função: ‘favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade’, de forma que ele ‘é por isso mesmo, o centro da vida dos negócios, o instrumento por excelência da vida econômica’” (apud FORGIONI, 2009, p. 217/218).

Não é a toa que a Constituição Federal colocou o direito de propriedade como pressuposto da ordem econômica, dando-lhe caráter fundamental, conforme o disposto nos artigos 170 e 5º *caput* e inciso XXII. “A *propriedade é um instituto jurídico, tem lugar e é assegurada por conta do direito. [...] A inexorável conclusão é que não há mercado sem o direito, que garante a propriedade e, pois, o objeto das trocas*” (FORGIONI, 2009, p. 219).

Esses atributos inerentes à atividade comercial não significa sejam eles irrestritos, desordenados ou absolutos. O sistema jurídico clama pela legalidade dos atos, públicos ou privados, limitando, nesse caso, os direitos e liberdades econômicas dentro da

licitude assim proposta. A atual complexidade da sociedade contemporânea é cristalina em revelar esses limites, ante os necessários regramentos em diversificados ramos do direito com o intuito de operacionalizar as relações jurídicas, como as trabalhistas, as de consumo, as de concorrência, as ambientais, etc.

Chama a atenção o fato de tais normas possuírem intenso caráter social, consequência precípua da analítica Constituição Federal de 1988, revelando um importante ponto a ser analisado, bem como um norte a ser perquirido, quando se fala em atividade econômica. De todas as axiologias propostas constitucionalmente ou não, destaca-se, notadamente, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica, tão conclamados pela LRE e pelas melhores Legislações econômica-regulamentadoras.

3.1.2 As problemáticas á baila da LRE

A apresentação da atual regulamentação da falência e da recuperação judicial foi enviada ao Congresso Nacional no ano de 1993, cujo conteúdo, à época, trazia tímidas modificações. Desde a sua apresentação pelo Poder Executivo até a efetiva publicação, foram feitas mais de quinhentas emendas ao texto original. Após mais de uma década de tramitação, diversas discussões e incisivas alterações, o Projeto de Lei n.º 4.376/1993 foi aprovado, sancionado como Lei n.º 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas ou Lei de Falência.

Esse intervalo temporal coincidiu com os primeiros reflexos da importante alteração jurídica ocorrida em 1988. Também foi palco de vivências econômicas e sociais marcantes, como a criação da moeda “real” e as consequências na taxa cambial dessa medida, o nível de inflação caminhando por um escoreito e quase esquecido controle substancial, e, sem dúvida, os altos índices de desemprego, tão frequentes num país subdesenvolvido.

É fácil entender que nesse contexto, as palavras de Fábio Ulhoa Coelho possuem um encaixe verídico. “Além de atualizar a lei falimentar, a reforma teve o objetivo de contribuir em duas frentes importantes para a economia brasileira do início do século XXI: a luta contra o desemprego e a retomada do desenvolvimento econômico” (2008, p. 240). O freio contra os altos índices de desemprego é instrumentalizado pelo instituto da recuperação judicial que, juntamente com os ditames falimentares, cooperam para a ascensão da economia nacional, já que a manutenção de empresas viáveis e a redução dos riscos associados à insolvência promovem tal ideal, objetivo fundamental da LRE.

Entretanto, um fenômeno infelizmente corriqueiro no Brasil é a não efetivação real dos objetivos colimados pelas leis, seja pelas mazelas legislativas, seja pelo despreparo do Poder Judiciário em atender lides específicas, extremamente complexas, que demandam interpretação além da literal. Como ensina Calsamiglia, “uma boa lei não é aquela que apenas discrimina objetivos justos, mas a que os obtém” (1987, apud NEGRÃO, 2010, p. 145).

Por isso é justificável a posição pessimista de grande parte dos cientistas do direito, reproduzida *ipsis litteris*: “a nova Lei de Falências merece duras críticas por ter inviabilizado os objetivos colimados pela reforma” (KATUDJIAN, 2005, p. 35); “se a reforma de 2005 atingirá seus objetivos é questão em aberto que o tempo responderá (sou bastante pessimista quanto a isso)” (COELHO, 2008, p. 240).

Ricardo Negrão afirma que há “inúmeras deficiências, fruto do apego às estruturas falimentares até então existentes, e a adoção, sem reservas, de soluções e proposições de sistemas jurídicos que não guardam identidade com o direito brasileiro” permanecendo, assim, “órfãs dentro da estrutura legal desenhada pela Lei n.º 11.101/2005” (2010, p. 9).

A superação dessas deficiências pressupõe uma análise sistemática da LRE, sendo o *neoconstitucionalismo* uma das possíveis saídas para as mazelas do referido diploma, tendo como ponto de partida, notadamente, o conteúdo do artigo 47.

Em derradeira e definitiva consideração, a *hierarquização formal* escamoteia e deve ceder, sempre, à *hierarquização substancial*, pois o Direito requer uma fundamentação racional que se coloca no espaço das considerações valorativas. Ao intérprete jurídico só resta, então, o dever inafastável de palmilhar o sistema até a exaustão, examinando todas as possibilidades inseridas em sua fecunda complexidade, sempre procurando soluções mais harmoniosas com os valores sócio-culturais que a sociedade brasileira incorporou no texto constitucional (PETTER, 2008, p. 137-138)

Não se trata de menosprezar o teor literal legal, mas de interpretar o procedimento conforme o objetivo proposto: enfatizar a eficiência do processo judicial de recuperação, promovendo a continuidade da empresa pela preservação de sua função social e a manutenção dos credores em seus interesses, desenvolvendo, conseqüentemente, a economia nacional. Eficiência do processo, função social da empresa e desenvolvimento nacional são ditames constitucionais e assim devem ser vistos, seja no aspecto interpretativo, seja em suas qualidades supremas.

3.2 A função Social da Empresa e o Estimulo à Atividade Econômica

“Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. [...] A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade [...]” (COMPARATO, 1983, apud BULGARELLI, 1997, p. 168). “São ideias humanitárias que correspondem aos anseios de justiça social de nossa época e que não deixam de encontrar amparo jurídico nas disposições constitucionais” (BULGARELLI, 1997, p. 170).

“Não por acaso o *princípio da função social da propriedade* se coloca na sequência dos vetores maiores que norteiam a ordem constitucional econômica, logo em seguida ao princípio da propriedade privada” (PETTER, 2008, p. 232).

Por ser a empresa célula embrionária da economia e núcleo balizador das políticas econômicas nacionais, não é surpreendente que a empresa constitua centro de interesses em diversas frentes, entre elas a dos trabalhadores, do Estado, dos credores, dos consumidores, da sociedade participativa, entre outras.

Para o empresário privilegia-se, notadamente, o lucro como objetivo; aos trabalhadores, interessa o salário pago pontualmente e a manutenção do seu emprego; aos credores importa a satisfação dos seus créditos, conforme contratualmente convencionado; os consumidores pretendem saciar seu consumismo e sua sina pelo novo, desde que esse não represente a colocação no mercado de bens ou produtos danosos.

É manifesto que há uma complexidade de interesses advinda da atividade empresarial, “a que é preciso atender” conforme lições de Bulgarelli, “justificando-se certas restrições, limites, obrigações, ônus e responsabilidades impostos ao empresário, como agente dessa atividade e, portanto, centro de imputabilidade” (1997, p. 71). Aliás, é inevitável que a tutela desses interesses supere as fronteiras do Direito Comercial, encontrando em outros ramos do Direito uma forma de real eficácia de proteção.

Bulgarelli continua, afirmando que “a atividade desenvolvida pelo empresário tem como fim a realização de interesses que ultrapassa aqueles egoísticos do agente, e, portanto, gera um poder-dever do sujeito da atividade funcional”. Sendo assim, é notório que há, “em relação à atividade da empresa, uma certa função social, justificadora da imposição de certas obrigações e de certas responsabilidades além da própria disciplina jurídica da empresa, que em si, já constitui uma limitação, em termos de liberdade de iniciativa” (1997, p. 70, 71 e 74).

Por sua vez, “a liberdade de iniciativa constitui, não um direito absoluto, mas uma liberdade-meio, condicionada e; ‘Por conseguinte, destinatário de normas constitucionais desse tipo não é, apenas, o Estado’”. São “verdadeiras normas de conduta”, cuja “observância impõe-se a todos, órgãos do Poder Público ou pessoas de Direito Privado”. O sistema econômico nacional é composto por essa miscelânea entre público e privado, sendo “absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado” (COMPARATO, 1983, apud BULGARELLI, 1997, p. 168).

“Além de a função social da propriedade constar expressamente no rol dos princípios atinentes à ordem econômica, destaque-se sua inclusão entre os direitos fundamentais [...]”, axiologia essa que forma um conjunto semântico, passível de ponderação e interpretação conforme a constituição, enquadrando-se nos termos do *neoconstitucionalismo*.

Por isso não há congruência em dotar a função social como uma norma meramente programática. Mas, ao contrário, possui ela eficácia plena, já que dela depende a realização dos objetivos mais mezinhos do Estado Democrático de Direitos, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme artigo 3º da Constituição Federal.

A função social da empresa constitui não só um dever-ser com o qual as empresas estão subjulgadas, mas, também, um interesse constitucional de toda a sociedade, inclusive da empresa em crise quando sua preservação solidifica ainda mais os estados ideais propostos pela Constituição.

Sendo assim, as proposições da máxima superioridade, máxima força jurídica, máxima importância do conteúdo e máximo grau de indeterminação que norteiam os Direitos Fundamentais são aplicáveis. Antes de ser um dever da empresa, a função social é um Direito Fundamental da sociedade, que se sacia da ordem pública expressa no art. 170 da CF.

3.3 A “Crise”, os Interesses Metaindividuais e o Dever do Estado

De regra, no senso comum, o termo “crise” está associado à figura do “erro” com forte entonação crítica – se alguém é acometido por uma crise, esse alguém, em algum momento, cometeu algum erro. A princípio, a afirmação não está toda incorreta, pois tanto a crise quanto o erro fazem parte da vida de qualquer pessoa. Mas não é verdadeira a conotação

semântica de semelhança entre esses dois termos.

Erro significa “desvio do bom caminho”. Apesar de o Brasil, tanto estruturalmente quanto politicamente, ter inúmeros motivos² que induzem a esse desvio, a crise nem sempre é motivada por esse caminhar equívoco. Crise pode ser muito mais próxima da “mudança” do que do “erro”, propriamente dito, e essa perspectiva deve ser considerada na análise da política econômica, notadamente da recuperação judicial de empresas. A evolução legislativa, de concordata à recuperação judicial, foi, claramente, entre outras, uma tentativa de diferenciar o erro e a crise empresarial.

Esse embaraço na marcha dos acordos e negócios, segundo Fábio Ulhoa Coelho, pode derivar de diversos fatores, sistematizando em três distintas espécies: crise econômica, crise financeira e crise patrimonial. “Por crise *econômica* deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária” (2008, p. 231). Já a crise financeira “revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos” (2008, p. 231). Por sua vez, “a crise *patrimonial* é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo” (2008, p. 232).

Não é raro que, diante do quadro das políticas adotadas no Brasil, possuam as empresas essas três qualidades em determinados momentos da sua existência. A sociedade empresária, portanto, está em crise quando reúne esses três eixos, já que, como num efeito dominó, um problema leva, por vezes, ao surgimento de outros.

A crise, além de constituir pressuposto da LRE, possui, em razão da sociedade *neoliberal* capitalista na qual o Brasil, contemporaneamente, está inserido, inúmeras naturezas – consequência da efetivação dos princípios que regulamentam o mercado.

Esse país latino americano é *sui generis* quando se trata de fatores que implicam na quebra de uma empresa. As altas taxas de juros em prol do sistema bancário, os baixos índices de desenvolvimento econômico nacional, as crescentes investidas tributárias contra a viabilização do pequeno, médio e grande empresário, os índices flutuantes do dólar e da inflação, etc., são apenas a retratação de um rol exemplificativo da infinidade de razões pelos quais justificam a LRE.

A regulamentação jurídica da falência e da recuperação empresarial são divisores de águas entre aquelas inviáveis que devem ser descartadas do quadro mercantil e

² Esses inúmeros motivos decorrem de problemas nacionais crônicos, a começar da corrupção que, por vezes, parece estar tatuada na sociedade como um todo. Ademais, o sufrágio universal proposto pela Carta Constitucional de 1988, a cada eleição, demonstra ser cada vez mais falido e doente, potencializando o voto em detrimento dos reais objetivos da democracia. Cabe, à cerca do tema, inúmeras colocações, não sendo esse objeto do pretenso trabalho.

aquelas viáveis, momentaneamente em crise, que devem ser preservadas em prol do mercado. Aliás, é essa a gênese do “dever ser” da Lei n.º 11.101/2005 – nem toda falência significa um mal, nem toda recuperação um bem. Por vezes, a relocação dos recursos por meio da falência de uma determinada empresa é o único caminho para a efetiva geração de riquezas, constituindo, verdadeiramente, um bem à economia de forma geral.

Recuperar uma empresa viável que passa por uma crise temporária significa o “normal funcionamento das forças do livre mercado. Isso costuma ser chamado de ‘solução de mercado’” (COELHO, 2008, p. 234), traduzida e *judicializada* pela LRE. Ou seja, a recuperação de empresas, na forma judicial, traduz o ímpeto do livre mercado em consonância com a finalidade deste. Em outras palavras, é a *judicialização* da própria solução de mercado à crise da empresa.

“Nesse contexto, pode-se afirmar que, em *princípio*, se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação” (COELHO, 2008, p. 235), nem voluntária, nem sob a ajuda de terceiros, muito menos judicial. Injustificável, portanto, a intervenção estatal para tentar recapitalizar e reorganizar um negócio que o próprio mercado já o condenou falido.

Seria realmente perfeito se fossem verdadeiras tais palavras, em todo o tempo. Mesmo em outro contexto, as palavras de Robert Alexy são extremamente cabíveis: “essa visão de mundo é demasiada bela para ser verdade” (2003, p. 37, tradução nossa).

O mercado é um sistema global e complexo, indefinido pela extraordinária quantidade de ramificações e regramentos, cujo conjunto de relações ali estabelecidas define a política econômica de determinado país. Essas relações atingem, direta e indiretamente, a economia como um todo, possibilitando ora a realização de um sonho de desenvolvimento econômico forte e sustentável, ora o pesadelo de um brusco recesso com restrições de investimentos, desemprego em massa e sufocação de pequenas e médias empresas.

Dáí a razão de existir do instrumento de recuperação na Lei n.º 11.101/2005, demonstrando que o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante do sistema “mercado” que se qualifica pela volatilidade e inconsistência e não contempla, por inúmeras vezes e razões, solução adequada à empresa em crise. “O instituto da recuperação [judicial] da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada” (COELHO, 2008, p. 237).

Além disso, quando levado ao Judiciário, a bilateralidade relacional que qualifica os negócios empresariais cai por terra. A tutela jurisdicional que se busca pela aplicação da Lei n.º 11.101/2005 não se verifica, tão somente, na relação entre credor e

devedor. Os anseios dessas figuras, a bem da verdade, ficam subjulgados pelo objetivo a que se destina a LRE e pelo resguardo dos Direitos Fundamentais coletivos envolvidos na demanda. Avelãs Nunes afirma que “as empresas representam um valor objectivo de organização, um todo resultante do esforço organizador do empresário e do trabalho do pessoal, que esse conjunto representa um valor especial do ponto de vista econômico” (2001, p. 30).

Há metainteresses que gravitam em torno da empresa quando esta cumpre com sua função social, colocando em jogo, inclusive, os objetivos fins dos Direitos mais essenciais que guarnecem o Estado. Toda a sociedade vive as consequências da política econômica adotada e, sendo a recuperação judicial um dos influenciadores ímpares da macroeconomia, não há dúvidas quanto ao tamanho da sua importância e das consequências que gera.

Enquanto o Poder Público e a autonomia privada carecerem de ferramentas que resguardem com efetividade esses metainteresses coletivos, o Poder Judiciário não pode se calar. Há aqui uma das funções mais precípuas do processo na recuperação judicial, qual seja, a de viabilizar o desenvolvimento econômico servindo como instrumento de inclusão social, atuando em prol da coletividade contra a mesquinha egoística da mera satisfação do crédito ou solubilidade empresarial a quaisquer custos.

Nesse contexto, é oportuna uma das dez definições do termo “crise” na língua chinesa³. “*An effort or movement to improve social, moral or intellectual standards*”. Crise é o esforço ou movimento a fim de melhorar os padrões sociais, morais ou intelectuais. Assim deve ser tratada a crise na recuperação judicial de empresas e na falência, especialmente quando visto à luz do *neoconstitucionalismo*.

3.4 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

As normas de Direitos Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 “devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?” (CANOTILHO, 1993, p. 591).

Nipperdey, Leisner e Lombardi “salientam que a agressão aos direitos,

³ JIANMIAO, disponível em <<http://dict.cn/>>, acesso em: 25 de outubro de 2011.

liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de ‘*poderes sociais*’ ou ‘*privados*’ (associações, empresas, igrejas, partidos)” (apud CANOTILHO, 1993, p. 598-599). A questão dos efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais “se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva*” (CANOTILHO, 1993, p. 595).

Os efeitos horizontais dos direitos, liberdades e garantias fundamentais funcionam como garantidores de bens jurídicos constitucionalmente previstos, como a dignidade, liberdade, vida, etc., adequando a atuação, não só dos poderes eminentemente democráticos, Legislativo e Executivo, na prolação de atos e leis, mas também do Judiciário em encontrar uma resposta adequada às lides que clamam pela sua atuação.

A essa questão cabem necessárias ponderações, a começar das teorias que explicam o tipo de eficácia que está em jogo. Os efeitos dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica privada podem ser mediatos ou indireto (reclama pela necessidade do Poder Público de conformar determinado diploma legal aos Direitos Fundamentais) e imediatos ou diretos (aplicam-se obrigatoriamente e de forma direta nas relações privadas, sejam elas individuais ou coletivas, dando margem aos indivíduos de exigirem o cumprimento dessas normas sem qualquer mediação pública).

Essa dicotomia restou ultrapassada já que, atualmente, admite-se que os efeitos dos Direitos Fundamentais na ordem privada funcionam como protetores dessas normas intrínsecas ao Estado Democrático de Direitos. Confere-se, nesse sentido, a multiplicidade de funções dos Direitos Fundamentais o que impossibilita a fixação de uma regra ou receita para a efetiva aplicação do instituto, dependendo, por conseguinte, do caso concreto. Daí a importância do papel do Poder Judiciário frente ao processo judicial de recuperação de empresas, e a pertinência da dos efeitos horizontais nesse procedimento.

3.4.1 O poder do juiz no processo de recuperação judicial

A definição da função do Poder Judiciário no processo de recuperação judicial ganha notoriedade pelos objetivos mais imediatos expressos na LRE. Os interesses postos a frente do Judiciário não são mesquinhos, nem tão pouco marcados pela simplicidade. São, na verdade, extremamente antagônicos entre si, sendo essa a razão de que o acolhimento do

pleito de um reverbera, indispensavelmente, na restrição, total ou parcial, do pleito de outro. São interesses que prescindem a própria ideia do capitalismo neoliberal e que chama atrativamente à sua existência diversas figuras, como a mão de obra assalariada, os investidores, os consumidores, etc.

A eficácia do processo judicial de recuperação, a lucratividade e a viabilidade da empresa tentando recuperar-se, o incentivo, ou não, que a homologação do plano pode causar na macroeconomia nacional – o intérprete se vê diante dessas situações que fogem da alçada meramente técnico-jurídica e adentra conteúdos estranhos ao Direito. Pode esse hermeneuta lançar juízo de valor à cerca dos objetivos propostos pela LRE?

A sistemática da Lei n.º 11.101/2005 é marcada pela rigidez quanto à liberdade do magistrado de deliberar à cerca da concretização ou não dos objetivos desse diploma. Sustentados pela recomendação doutrinária internacional de maior proteção ao credor quando se está diante de um Poder Judiciário ineficiente, Sztajn e Munhoz afirmam que acertou o legislador provendo aos credores maiores garantias, assinalando que:

A necessidade de conciliar os interesses em jogo, ao mesmo tempo que admitem atribuir parcela maior de poder a uma classe de participantes – credores não trabalhistas, divididos em duas classes, e outros não sujeitos ao plano – o poder de inviabilizar o projeto e/ou deliberar as escolhas que entenderem mais convenientes. Em seus posicionamentos não se vislumbra a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário mesmo nos casos em que a escolha dos credores deixar de atender aos objetivos da lei. O magistrado é mero observador, sem poderes para intervir na arena de “negociação direta” (apud NEGRÃO, 2010, p. 125)

Por outro lado, essa conjectura parece ir contra a maré das doutrinas internacionais, cujo mérito não é e nem pode ser dispensável. Oportuna é a posição de Portugal ao tratar da questão:

Por toda a parte se reconhece a indispensabilidade da intervenção do juiz no processo concursal, tendo fracassado os intentos de o desjudicializar por completo. Tal indispensabilidade é compatível, todavia, com a redução da intervenção do juiz ao que estritamente releva no exercício da função jurisdicional, permitindo a atribuição da competência para tudo o que com ela não colida aos demais sujeitos processuais.

E ainda:

A desjudicialização parcial acima descrita não envolve diminuição dos poderes que ao juiz devem caber no âmbito da sua competência própria: afirma-se expressamente, no artigo 11º do diploma, a vigência no estado de insolvência do princípio do inquisitório, que permite ao juiz fundar a decisão em factos que não tenham sido alegados pelas partes (apud NEGRÃO, 2010, p.126).

Ademais, a proposta do *neoconstitucionalismo*, a despeito de promover uma ascensão social, especialmente na relação privada pela eficácia horizontal dos Direitos

Fundamentais, não retira do Poder Judiciário a possibilidade de apreciar a legalidade e ponderar princípios fundamentais. A *desjudicialização* do processo é um aspecto importante do paradigma jurídico atual, mas não retira a importância da figura do magistrado e sua atuação no procedimento.

Frente aos modernos métodos de interpretação, não há que se falar em supressão da atividade deliberativa do magistrado por força dos artigos 47 e 58 da Lei n.º 11.101/2005, estando, portanto, desimpedido o hermenêuta de atuar conforme as atribuições constitucionais que lhe são asseguradas, com o fim de resguardar a estrita legalidade dos atos e procedimento, bem como de realizar a ponderação de princípios no próprio mérito, em determinados casos, já que a relação empresarial na recuperação resvala em intensa gama axiológica.

De acordo com ensinamentos de Lobo, cabe ao juiz decidir se a aprovação ou rejeição do plano de recuperação “a) atenta contra o interesse público; b) encerra indisfarçável fraude; c) importa em violação da LRE, etc., o que obrigará o juiz a ir contra a ‘letra’ do art. 56, § 4º”, conforme o caso (2005, apud NEGRÃO, 2010, p. 127). Por esse raciocínio, continua esse doutrinador afirmando que:

No caso da recuperação judicial, a assembleia geral de credores e o juiz da causa entregar-se-ão à “ponderação de fins” – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige “o sacrifício”, p. ex.: (a) do interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos dos empregados e credores em prol da empresa, pois, como ressaltam os franceses, os processos concursais são “procedimento de sacrifícios”, que limitam os poderes do devedor e restringem o direito dos credores. Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na “ponderação de princípios” – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, por meio do “teorema de colisão” de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois “possuem uma dimensão de peso”, verificável caso a caso (2005, apud NEGRÃO, 2010, p. 127).

Suprimir a atividade jurisdicional do Estado-juiz no processo de recuperação judicial dá margem a resultados repugnados pela ciência do Direito. Nas palavras de Negrão, “não há que se entender eficiente por atender aos objetivos de interesses de grandes corporações, ao sistema financeiro ou às empresas internacionais, entregando exclusivamente a elas o poder da barganha”, fundamentando que, nesse caso, há o “desvestimento da toga e a renúncia à função judicante” em detrimento à solução do conflito.

3.4.2 Aplicação da eficácia horizontal no processo judicial de recuperação

A discussão dos limites do Poder Judiciário na Recuperação Judicial de Empresas resvala na Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, também denominado Efeitos dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Mesmo que assista a razão àqueles que defendem o total rigorismo da Lei n.º 11.101/2005, *desjudicializando* o processo de recuperação ao extremo, ainda assim não constitui óbice à atividade do Juiz de resguardo dessas mais comezinhas normas essenciais.

A razão da indispensabilidade do magistrado em atuar no sentido de dar eficiência ao processo judicial de recuperação resguardando os Direitos e Garantias Fundamentais se dá por dois alternativos motivos.

Primeiro porque a atividade empresarial não está fora do alcance da eficácia desses direitos, liberdades e garantias. A relação privada, como já elucidado, deve sujeitar-se aos ditames do Estado Democrático de Direitos, cumprindo os expressos objetivos sociais e econômicos da Constituição Federal. Isso serve mesmo que se defenda a total *desjudicialização* do processo de recuperação, já que esse fenômeno não retira a obrigatoriedade dos entes privados de respeitarem os Direitos e Garantias Fundamentais.

Segundo porque a própria eficiência do processo de recuperação está atrelada aos ditames constitucionalmente previstos. Todo o procedimento conferido na Lei n.º 11.101/2005 deve ser visto conforme a ordem econômica prevista no art. 170 da CF/88, aproximando essa da valorização do trabalho humano, do princípio da livre iniciativa, da segurança à existência digna, buscando insistentemente a justiça social.

Por fim, oportuna a transcrição da decisão da Suprema Corte americana que traz comentários à cerca do direito concorrencial, perfilhando do entendimento da supremacia do interesse público que perfeitamente se encaixa no procedimento de recuperação judicial nacional:

A intenção do Ato não é proteger a indústria do mercado operacional, é proteger o público da falência do mercado. A lei não se dirige contra a conduta competitiva, mesmo que ferozmente competitiva, mas contra a conduta que ilegalmente tende a destruir a concorrência. Isto é feito não por consideração aos interesses privados, mas pela **preocupação com o interesse público** (WAISBERG, 2006, apud LAZZARINI, 2009, grifo do autor).

Os interesses metajurídicos envolvidos na recuperação de uma empresa, especialmente a judicial, reclamam pela indispensabilidade da observância dos regramentos constitucionais. Os Direitos Fundamentais são nortes que definem todas as relações, públicas ou privadas. Caso tais relações não satisfaça essa premissa, o Poder Judiciário, chamado à heterocomposição, não pode se esvair do seu dever constitucional de tutela efetiva dos bens jurídicos. O Poder Público, notadamente na figura do Judiciário, deve realizar o pragmatismo dos estados ideais constitucionais consolidados em 1988, colocando os direitos, liberdades e garantias fundamentais em uma posição *neoconstitucional*.

CONCLUSÃO

Parece incongruente falar em teorias que contemplem maior efetividade aos Direitos Fundamentais num Estado que é Democrático de Direitos e que tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É possível que um país pautado nesses valores não dê máxima efetividade jurídica aos Direitos e Garantias Fundamentais?

Fosse negativa a resposta, nem o paradigma que rechaça todo o Poder Público, nem a crise social que possui contornos globais, haveria razão de existir. Especialmente no Brasil, a prática revela que o desenvolvimento proposto pelas autoridades que estão à frente do país, muitas vezes, não são paralelos à tutela efetiva dos Direitos Fundamentais. Trata-se de um governo “do” povo, mas não “para” o povo, reduzindo em pura falácia os ditames constitucionais, retirando o que há de mais importante em uma nação: a sua identidade.

Não é surpresa a constatação dos maléficos resultados da democracia brasileira, instrumentalizada pelo sufrágio universal. Sem identidade, o princípio democrático e sua natureza se tornam falaciosas. Nunca foi tão evidente que a vontade da maioria não é suficiente para garantir um estado de bem estar social. Isso leva toda a sociedade a repensar a forma de organização do Estado. Não significa uma revolução *neocomunista*, mas uma reinterpretação do estatuído na Constituição Federal de 1988 e uma releitura das relações sociais sob a óptica dos mais mezinhos objetivos propostos nessa *Carta Magna*.

Há, por esse passo, uma reconciliação entre Direitos Fundamentais e Democracia, de modo que ambos os institutos, inegavelmente, são de grande valia. Por serem tidos como “bons”, fazem parte dos maiores anseios populares. Essa verdade não pode ser construída sem dialogar com a atividade inata do ser humano de julgar pessoalmente o que é “bom” e o que é “ruim”. Nesse diapasão, valorar torna-se uma atividade extremamente subjetiva e pessoal, de tal maneira que um sujeito pode considerar o casamento entre homossexuais, o divórcio, a poligamia, a pornografia, o aborto, etc., como a exaltação maior do Direito de Liberdade, enquanto outro, um maléfico retrocesso sócio-cultural.

A busca pelo bem próprio, por muitas vezes, se não todas, pode seguir na contramão da busca pelo bem comum. A pós-modernidade e a proposta de relativização de todas as coisas propõem, sobremaneira, o homem cada vez mais isolado, auto-suficiente, ressuscitando a filosofia helenística. A sociedade perfeita não é composta de várias pessoas que vivem felizes, mas de várias pessoas que vivem para fazer do outro alguém feliz. Esse é o

verdadeiro estado ideal.

A ideia individualista afronta o que de mais essencial há nos Direitos Fundamentais. Deve haver a proposta de um princípio cooperativo regulador da atividade humana. Após a dialética entre Direitos Fundamentais e Democracia, o que se propõe é uma visão conglobada dos Direitos Fundamentais e da Democracia, com o escopo social.

A interpretação de Robert Alexy mostra-se como primeiro passo para isso. Os Direitos Fundamentais devem fazer parte da própria Democracia. O que dá verdadeira legitimidade para os atos públicos não é, exclusivamente, a Democracia formal, mas o respeito às Garantias e Direitos Fundamentais Individuais Interpretados para o bem de todos. É por esse fato que aquela não se sobrepõe a esses, mas, certamente, o contrário, já que um dos Direitos mais fundamentais do Estado brasileiro é a Democracia material.

O poder de subjugar que outrora estava nas mãos dos senhores feudais, reis absolutistas, ditadores, agora faz parte do Estado Democrático legitimado pelo sufrágio e pela deficiente democracia formal. A realidade social mostra, ainda, que esse poder não se limitou às fronteiras públicas estatais e ganhou feições privadas. O domínio dos mais fortes sobre a massa mais fraca invadiu as relações particulares, fazendo jus à gênese desmedida do sistema capitalista. Os antigos reis absolutistas ganharam uma nova roupagem, quiçá, com poderes até maiores que os do Estado, confirmando a *hobbesiana* afirmação de ser o homem lobo de si mesmo.

Sob essa perspectiva teve início o estudo da recuperação judicial de empresas regulamentada pela Lei 11.101/2005, tendo por consideração a substancial diferença de poderes entre a hipossuficiente empresa recuperanda frente a seus credores. A empresa que respeita os Direitos e Garantias Fundamentais, mormente os tangentes a sua função social, quando recorre ao Processo de Recuperação Judicial, revela ao menos duas importantes considerações: primeiro, há uma crise estabelecida, não no sentido literal, mas como um esforço a fim de melhorar os padrões sociais e culturais; segundo, os interesses desse conflito posto ao Judiciário são metaindividuais, sobrepondo o da empresa de recuperar-se e o dos credores de satisfazerem seus créditos.

Essa é a razão da análise *neoconstitucional* do processo de recuperação judicial de empresas. Se há Direitos Fundamentais em cena e interesses com princípios constitucionais subjacentes, a presença da Teoria *Neoconstitucional* revela-se como um marco de separação e ponto de equilíbrio entre a rigidez legislativa e a eficiência do processo judicial na recuperação de empresas. O papel do Judiciário, portanto, não se esvai na legalidade dos atos ou na homologação do plano de recuperação. A tarefa que

neoconstitucionalmente lhe compete, a de encontrar, na Constituição Federal, dentre as várias possíveis, a melhor justa medida que realize o desenvolvimento econômico, não é diminuída pela *desjudicialização* do processo.

Assim, o *welfare state* clama por muito mais, sobretudo em tempos em que a violação aos Direitos Fundamentais parece estar enraizada profundamente nas estruturas do Estado e, inclusive, da cultura brasileira. Assim, o presente trabalho assim questionou: a transformação *neoconstitucional* garante uma genuína forma de tornar o Direito um instrumento eficaz de inclusão social e de resultados socialmente satisfatórios?

Seja qual for a terminologia adotada (*neoconstitucionalismo*, constitucionalização dos Direitos Fundamentais, constitucionalismo, neopositivismo, etc.), é certo que o Direito jamais poderá ser pautado por fórmulas absolutas e raciocínios matemáticos econômicos. O que se pondera em seara jurídica não são números, mas valores adstritos à existência do Estado Democrático de Direitos.

Essa teoria propõe um esforço de todos, tanto do Poder Público quanto dos entes privados, para fazer do discurso normativo uma realidade social, mesmo em meio a uma maioria que acredita que pouco pode ser feito para afastar esta realidade marcada pela corrupção, injustiças e violações.

Todos têm direito ao resguardo de normas essenciais à existência da Democracia, mormente aqueles ligados à ordem econômica, e à tutela de sua dignidade, desde a sua forma mais individual até as que concernem à coletividade. Não há desenvolvimento econômico sem preservação da justiça social – são valores que, *neoconstitucionalmente*, não se rompem nem podem se separar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIZA, Santiago Sastre. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7
- BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 908 p. ISBN 978-85-7874-104-4
- BONAVIDES, Paulo. **A interpretação da constituição**. In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). *Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 908 p. ISBN 978-85-7874-104-4
- BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 287 p. ISBN 85-224-1720-2
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 527 p. ISBN 978-85-203-3563-5
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228 p. ISBN 972-40-0757-X
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286 p. ISBN 84-8164-573-7
- CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 466 p. ISBN 978-85-02-07196-4
- COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7
- COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 336 p. ISBN 85-02-03173-2
- JIANMIAO, Fan. **Online dictionary word sea by the United States Indiana University's Dr. Fan Jianmiao created**. Disponível em <<http://dict.cn/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Os partidos políticos nas constituições democráticas.** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271 p. ISBN 978-85-203-3449-2

GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7

KATUDJIAN, Elias. **Dos créditos excluídos da recuperação.** *Revista do Advogado*. nº 83. ISBN 0101-7497

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 1. ed. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p. ISBN 85-336-1473-X

LAZZARINI, Alexandre Alves. **Reflexos sobre a recuperação judicial de empresas.** In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). *Direito Recuperacional, Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. ISBN 85-7674-413-9

MACHADO, Rubens Approbato. **Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas.** *Revista do Advogado*. nº 83. ISBN 0101-7497

MILANI, Mario Sergio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada.** São Paulo: Malheiros Editora, 2011. p. 703. ISBN 978-85-392-0047-4

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação.** In: BETTINI, Lúcia Elena Polleti; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coords.). *Hermenêutica Constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 908 p. ISBN 978-85-7874-104-4

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 228 p. ISBN 978-85-02-07866-6

NUNES, Antonio José Avelãs. **O direito de exclusão dos sócios nas sociedades comerciais.** 1. ed. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. 296 p. ISBN 85-86776-11-4

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores.** *Revista do Advogado*. nº 83. ISBN 0101-7497

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica.** 2. ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008. 365 p. ISBN 978-85-203-3301-3

POZZOLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286p. ISBN 84-8164-573-7

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 255 p. ISBN 978-85-203-3341-9

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 756 p. ISBN 85-203-0795-7

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. 155 p. ISBN 978-85-0209807-7